

UNIVERSITÉ DE PARIS — FACULTÉ DE DROIT

DES DOMMAGES-INTÉRÊTS

pour

NULLITÉ DE CONTRAT

THÈSE POUR LE DOCTORAT

présentée et soutenue, le Mardi 24 décembre 1901

PAR

PAUL ROUX

Président de la Thèse : M. SALFILLES, professeur.

Suffragants : $\left\{ \begin{array}{l} \text{MM. MASSIGLI, professeur.} \\ \text{ESTOUBLON, professeur.} \end{array} \right.$

PARIS

SOCIÉTÉ NOUVELLE DE LIBRAIRIE ET D'ÉDITION

47, rue Cujas (V^e)

1901



Digitized by the Internet Archive
in 2026

DES DOMMAGES-INTÉRÊTS

POUR NULLITÉ DE CONTRAT

UNIVERSITÉ DE PARIS — FACULTÉ DE DROIT

DES DOMMAGES-INTÉRÊTS

pour

NULLITÉ DE CONTRAT

THÈSE POUR LE DOCTORAT

présentée et soutenue, le Mardi 24 décembre 1901

PAR

PAUL ROUX



Président de la Thèse : M. SALEILLES, professeur.

Suffragants : { MM. MASSIGLI, professeur.
ESTOUBLON, professeur.

PARIS

SOCIÉTÉ NOUVELLE DE LIBRAIRIE ET D'ÉDITION

17, rue Cujas (V^e)

1901

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

A MA MÈRE

DES DOMMAGES-INTÉRÊTS

POUR NULLITÉ DE CONTRAT

NOTE PRÉLIMINAIRE

Le titre que nous avons donné à ce travail ne répond pas d'une manière très exacte à son objet. Il est d'abord trop large. Les dommages-intérêts pour nullité de contrat peuvent être dus soit par l'une des parties à l'autre, soit par un tiers. Il y a par exemple des conventions qui doivent, pour acquérir force obligatoire, être passées devant certains officiers publics : il peut s'introduire dans leur formation des causes de nullité imputables à l'officier public. Celui-ci en sera responsable. La partie lésée aura le droit d'intenter contre lui une action en indemnité qui sera bien une action en dommages-intérêts pour nullité de contrat, mais compétant contre un tiers.

Nous n'étudierons ici que les actions intentées par l'un des contractants putatifs à l'autre. On le voit, notre titre est trop large.

Ce n'est pas tout. Par ailleurs il est trop étroit. On connaît la distinction doctrinale des contrats nuls ou annulables, nuls proprement dits et inexistant. Cette distinction n'est pas en termes exprès dans le Code civil français. Elle est toutefois dans les faits, — peut-être pas avec cette précision de catégorisation, mais elle y est.

Notre titre ne semblerait viser que les contrats nuls et annulables. Il sera traité aussi, au contraire, non seulement des contrats ayant une existence purement apparente, mais encore de certaines hypothèses où il n'y a même pas d'existence apparente du contrat, de ce qu'on appelle des contrats manqués.

Si nous avons voulu rendre le titre de notre travail parfaitement adéquat à son contenu, il aurait fallu écrire : « Des dommages-intérêts dus

par l'une des parties à l'autre pour nullité de contrat ou pour contrat manqué. » C'eût été bien long. Était-ce bien nécessaire ? Nous ne l'avons pas pensé. D'une part, en effet, la théorie de la responsabilité des tiers, et particulièrement des notaires, à raison des nullités de contrat provenues de leur faute, est depuis longtemps étudiée par la doctrine et fixée par la jurisprudence. On n'a pas à s'attendre à la voir traitée à fond dans un travail comme celui-ci. D'autre part en ce qui concerne les contrats manqués, y a-t-il entre les contrats nuls et les contrats manqués une différence si profonde et si radicale qu'on ne puisse englober les deux genres dans la même expression ? Nous ne le croyons pas. Certes, si on prend les deux termes extrêmes de la série, — le contrat simplement annulable, pour incapacité par exemple, et le contrat qui ne s'est même pas formé en apparence, comme c'est le cas lorsqu'une offre a été révoquée avant même de parvenir au destinataire, — et qu'on confronte ces deux espèces, elles paraîtront différentes l'une de l'autre comme la nuit du jour. Dans le premier cas, il y aura accord de volonté, contrat, mais atteint d'un vice. Dans le second cas, il n'y aura même pas apparence d'un accord de volonté. Il n'y aura rien. Au point de vue contractuel, ce sera un néant. Mais qu'on replace les termes dans la série, qu'on descende du contrat annulable au contrat nul de nullité absolue, et de ce dernier au contrat inexistant doué d'existence apparente, et de là au contrat manqué qui n'a même pas d'existence apparente, et qu'on essaye de déterminer à quel moment il y a solution de continuité ; on se rendra facilement compte alors, par l'impossibilité où l'on se trouvera de déterminer exactement ce moment, que la gradation d'une espèce à l'autre est insensible et que, à la vérité, toute la série se tient.

D'ailleurs dans toutes les hypothèses de contrats manqués que nous aurons à examiner, le contrat ne sera pas tellement un néant, en tant que contrat, que certains jurisconsultes — et non des moindres — n'aient proposé de le déclarer pleinement valable. C'est ainsi qu'on a proposé, dans les contrats entre absents, de déclarer la convention formée, alors même que l'acceptation serait émise après le retrait de l'offre et dans l'ignorance de ce retrait. Pour nous il y a là un contrat manqué.

Enfin, si, après ces raisons, il fallait s'appuyer sur une autorité, nous invoquerions celle de M. Saleilles. M. Saleilles a traité deux fois notre question : une première fois dans son remarquable essai d'une « Théorie générale de l'obligation d'après le projet de Code civil allemand » ; la seconde fois dans son récent ouvrage sur la *Déclaration de volonté*. C'est le titre même des paragraphes où notre savant maître étudie la question que nous avons donné à ce travail.

PREMIÈRE PARTIE

THÉORIE GÉNÉRALE

1. Conditions de validité des contrats. Nullité.— C'est un principe qui domine tout le droit moderne que, lorsque deux personnes sont tombées d'accord sur une ou plusieurs promesses que l'une fait à l'autre ou qu'elles se font mutuellement, les dites promesses deviennent juridiquement obligatoires. Pour qu'il naisse une obligation, il suffit donc, en principe, que deux volontés, parfaitement coïncidentes et conscientes l'une de l'autre, le veuillent. Dans certains cas ces volontés pourront être, par exception, inopérantes ; ce sera lorsque la prestation ou l'ensemble du *negotium* de l'affaire convenue sera contraire soit à quelque règle de la morale, soit à quelque exigence de l'intérêt général.

Il y a trois conditions d'existence et de validité des contrats (et il n'y en a que trois (1)) : l'accord des volontés, la capacité des parties et le caractère licite de l'opération. Si simples et si équitables que soient ces règles, si raisonnables et si peu gênantes ces exigences, nombreux sont les cas où deux personnes se mettent en relation à l'effet de contracter ensemble, croient contracter, et ne réussissent qu'à former un contact nul, annulable ou inexistant.

(1) Les nullités pour cause illicite ou défaut de cause rentrent toutes dans le premier ou dans le dernier terme de notre énumération. Les nullités dites pour défaut de cause sont, en réalité, des nullités pour absence de consentement. Les nullités pour cause illicite sont des nullités de contrats illicites. Il en est de même des nullités tenant à l'inexistence de l'objet ou au caractère illicite de la prestation à fournir. Sur tous ces points, v. ci-dessous n° 24.

C'est que la volonté telle que la prend en considération le droit moderne, ce n'est pas la volonté abstraite, la volonté considérée seulement en tant qu'elle porte sur le fait de la prestation, isolée des conditions tacites auxquelles son auteur a, dans son esprit, essentiellement subordonné cette prestation ; c'est la volonté prise dans son ensemble concret, avec ses conditions, ses restrictions et ses nuances.

Je crois et vous croyez aussi que mon père, dont j'ai recueilli la succession, était votre débiteur pour une somme de dix mille francs. Je promets de vous payer pareille somme à une échéance que nous fixons. Il se trouve que cette dette n'a jamais existé ou qu'elle a été acquittée, et que j'en acquiers la preuve. Mon obligation envers vous n'existe pas. Si vous m'attaquez en justice pour me contraindre au paiement du titre que je vous ai souscrit, vous serez débouté. Et ce sera justice. En effet, que vous ai-je promis ? les dix mille francs que mon père vous devait. *Ces dix mille francs là* n'existent pas. Reste donc que je ne vous ai rien promis.

Je vous vends mon cheval Bucéphale, qui est mort au moment où nous traitons. N'est-il pas là aussi évident que je n'ai entendu m'engager à vous livrer Bucéphale et que vous n'avez entendu me payer le prix que si ce cheval était encore vivant au moment où nous avons passé le contrat ? Décider autrement ne serait-ce pas mutiler et déformer nos volontés ?

La volonté, prise ainsi dans son ensemble, est quelque chose, on le voit, d'assez complexe. On conçoit facilement, dès lors, que bien souvent il puisse y avoir entre deux volontés un accord purement apparent, que là où l'on croyait trouver un contrat, on ne trouve en réalité qu'une simple apparence. Ce n'est pas tout. Les volontés ne prennent pas conscience l'une de l'autre d'une manière directe et immédiate, mais au contraire par l'intermédiaire d'une déclaration extérieure, ordinairement verbale ou littérale. Cette déclaration peut ne pas être adéquate à la volonté qu'elle prétend exprimer. En admettant qu'elle lui soit adéquate, qu'elle la contienne tout entière, qu'elle ne contienne rien autre, et rien d'autre,

elle peut être mal comprise par la partie à qui elle s'adresse.

Vous allez chez un marchand d'antiquités et vous achetez des chandeliers en laiton que vous croyez en or. Vous ne spécifiez rien quant au métal.

Votre déclaration ne correspond pas parfaitement à votre volonté réelle. Votre volonté est de subordonner l'achat des chandeliers à la condition qu'ils soient en or. Vous avez omis de mettre expressément cette condition dans votre déclaration. Le contrat n'en est pas moins nul ; s'il était valable, il serait contraire à votre volonté réelle.

Vous êtes d'un pays où l'on nomme premier étage dans une maison cette partie de l'habitation que partout ailleurs, en pays de langue française, l'on nomme rez-de-chaussée. Parlant le langage de votre province dans une autre contrée, vous demandez à louer le premier étage d'une maison, entendant désigner par là le rez-de-chaussée. Le propriétaire prend l'expression de premier étage dans le sens usuel. Votre déclaration, là aussi, a mal rendu votre volonté. Elle a exprimé quelque chose d'autre. On voit comme il est facile, et comme il pourra être fréquent, que deux personnes qui croient, (se fiant à la concordance de leurs déclarations et pensant qu'à l'accord de ces déclarations correspond l'accord des volontés), qui croient avoir formé un contrat entre elles, n'aient en réalité rien formé.

Qu'on ajoute que les volontés doivent concourir dans le temps au moins dans une certaine mesure (1); que d'ailleurs les déclarations de volonté ne seront pas toujours échauffées par les parties présentes et parlant à la personne l'une de l'autre, qu'il faudra avoir souvent recours à des intermédiaires, messenger, télégraphe, etc., qui pourront commettre des erreurs de transmission, et l'on comprendra facilement combien souvent il pourra y avoir

(1) Nous faisons pour l'expression implicitement restrictive « en une certaine mesure » allusion à la théorie allemande de l'irrévocabilité, pendant un certain délai, de l'offre. Dans ce système même il y a concours dans le temps — au moins en quelque manière — des volontés.

apparence de contrat valable, là où il n'y aura en réalité qu'un contrat imparfait ou même absence totale de contrat.

2. Préjudice pouvant résulter des nullités de contrat. — Que la nullité de contrat soit reconnue alors que tout est en état, *re integra*, cela n'a pas grand inconvénient. L'une des deux parties pourra en éprouver une déception : elle n'y perdra jamais que l'espoir d'un bénéfice. Le dommage ne sera pas grand.

En admettant que la partie victime de la nullité soit exempte de toute faute et que entièrement la responsabilité incombe à l'autre contractant putatif, celui-là ne perd après tout que l'espoir d'un gain ou ce gain même. Or, quel droit avait-il à ce gain ? Pas d'autre que celui qu'il tenait de la volonté même de l'autre partie. Si donc la volonté de l'autre partie fait défaut, il n'y a plus pour elle aucun droit au bénéfice.

Voilà ce qu'indique la logique. Et nous espérons démontrer, dans le cours de cette étude, que ces solutions logiques sont aussi des solutions pratiques.

Mais il peut se faire que la nullité soit prononcée au moment où les choses ne sont plus en état. Comptant sur le contrat qu'elle croyait valable, l'une des parties a exécuté ou commencé d'exécuter les obligations à sa charge, ou bien même, sans aller jusque là, elle a laissé passer l'occasion de conclure un autre marché avantageux.

Par exemple, pour reprendre les espèces exposées plus haut, la personne à qui j'ai vendu le cheval Bucéphale, mort au moment du contrat, a refusé d'acheter, comptant sur la livraison de Bucéphale, un cheval de même qualité qu'on lui offrait à un bon prix. Il a dû plus tard, lorsqu'il a été informé de la mort de Bucéphale, en acheter un autre qu'il a payé plus cher. La nullité de la vente cause ici un préjudice à l'acheteur.

Le marchand d'antiquités, à qui j'ai acheté des chandeliers que je croyais en or et qui étaient en laiton, a refusé de les vendre à un autre acheteur, qui les a vus dans son magasin, entre le moment de l'achat et celui de la livraison, et qui en offrait un bon prix. Si

je fais prononcer la nullité de la vente à moi consentie, pour erreur sur la qualité substantielle de l'objet, le marchand éprouvera un préjudice s'il ne retrouve plus un acheteur disposé à donner de ces chandeliers le même prix.

Le propriétaire à qui vous avez demandé de vous donner à bail le premier étage de sa maison, croyant désigner ainsi ce qu'on appelle communément le rez-de-chaussée, et qui, comptant sur le contrat, a refusé de louer ce premier étage, éprouvera, si vous refusez de prendre possession de l'immeuble, un préjudice égal aux loyers qu'il en aurait pu tirer.

En résumé : « Les suites préjudiciables de l'erreur que le demandeur a faites à l'occasion du contrat peuvent consister en *pertes positives* ou en *gain perdu*. Dans la première catégorie se rangent les frais que le demandeur a faits par suite de la conclusion ou l'exécution du contrat, tels que les frais de timbre, de notaire, d'enregistrement, les frais d'emballage, d'expédition, d'entrepôt, de douanes, de pourboire usuel, etc., les impenses faites par l'acheteur à la chose vendue, par le bailleur ou par le locataire (selon le cas) à la chose louée... La conclusion du prétendu contrat peut aussi avoir empêché le demandeur de faire un gain, soit qu'il ait repoussé une autre occasion de conclure le même contrat, soit qu'il ait simplement négligé d'en chercher une en temps utile. Un cocher retenu par erreur un jour pour l'autre, ... ne souffre aucune perte par suite de cette erreur, mais, s'il a repoussé une autre occasion qui s'offrait à lui d'utiliser sa voiture..., cela équivaut pleinement pour lui à une perte en argent comptant... (1) » L'intérêt négatif peut dans certains cas s'élever aussi haut que l'intérêt positif, mais il ne peut pas le dépasser (2).

(1) Ihering. — *Culpa in contrahendo*.

(2) Le contrat que la partie peut avoir manqué de conclure, comptant sur le contrat apparent, peut être plus avantageux pour elle que celui-ci. Par exemple, un propriétaire qui avait loué sa maison mille francs peut avoir repoussé ensuite la demande d'un locataire, qui offrait 1.200 francs. Le dommage résultant de la nullité du contrat ne dépassera cependant pas 1000 francs, puisque, si le contrat était valable, le propriétaire n'aurait touché qu'un loyer de 1000 francs. On ne peut donc dire que la nullité de contrat lui coûte plus de 1000 francs.

On le voit, l'action en nullité d'un contrat peut être, si elle triomphe, pour la personne contre qui on l'intente, non seulement la cause d'une privation de bénéfice, mais la source d'un dommage considérable. Est-il juste, et conforme à l'intérêt bien entendu de la société, que la personne à qui l'on oppose ainsi la nullité en supporte le préjudice ?

Il faut distinguer. La nullité peut être due à la négligence ou à la faute, plus ou moins lourde, des deux parties ou de l'une d'elles ; elle peut venir d'un cas fortuit.

Si la nullité vient de la faute des deux parties ou de la faute de la partie contre qui a été intentée l'action en nullité, celle-ci n'a rien à réclamer.

De quel droit prétendrait-elle se décharger sur l'autre partie des conséquences d'une faute qu'elle-même a commise. Il importe assez peu que celle-là ait été en faute aussi. Il suffit que la victime ait commis une imprudence pour qu'elle n'ait rien à réclamer. Il ne faut toutefois pas exagérer. Lorsque nous disons que, dès qu'il y a faute commune des parties, il ne peut plus être question de réclamer, nous entendons qu'il s'agit de fautes s'équivalant à peu près. Si l'une des deux parties a commis une faute très grossière et l'autre une faute légère, comme par exemple dans le cas de l'achat des chandeliers en laiton, la faute grossière compte seule. Celui qui a été d'une négligence extrême, ne saurait se prévaloir de ce que l'autre partie n'a pas été aussi avisée qu'elle aurait dû l'être.

Si la nullité vient de la faute du contractant putatif qui intente l'action en nullité, tel serait le cas dans les trois hypothèses que nous avons citées plus haut à titre d'exemple, n'est-il pas juste d'allouer des dommages-intérêts à l'autre partie ? Incontestablement et on l'a toujours fait. Il y a d'ailleurs deux textes positifs qui commandent cette solution : ce sont les articles 1382 et 1383 du Code civil.

Mais *quid* lorsque les deux parties semblent également exemptes de faute, qu'elles ont fait toute diligence dans la formation du contrat, et que c'est par un pur cas fortuit, ou quelque accident

qu'il faille assimiler à un cas fortuit, que le contrat n'a pu se former valable ? Le dommage sera-t-il, dans cette hypothèse aussi, pour la partie contre qui l'on se prévaut de la nullité ? Le laissera-t-on au contraire définitivement à la charge de celle qui l'a subi. Quelle solution est juste ? Laquelle conforme à l'intérêt social, à la sécurité des transactions commerciales ?

3. Travaux sur la question. — La question que nous nous proposons n'a pas été étudiée souvent, tout au moins d'une façon complète et systématique, par les jurisconsultes français. Pothier n'a fait que l'effleurer, et encore fournit-il des solutions plutôt que des principes ; quelques mots à propos de la nullité pour erreur substantielle et de la révocation de l'offre (1), c'est tout ce que nous avons de lui.

La plupart des commentateurs du Code civil ont redit simplement ce qu'avait dit Pothier, de la même façon et à la même occasion. Nul essai donc de systématisation dans la doctrine française, — même pas un ensemble de solutions, éparpillé un peu partout, mais complet et qu'il ne reste qu'à relier entre elles.

En Allemagne, avant Ihering, même pénurie de littérature ; seuls Savigny, Schweppe, Von Wächter, Richelmann avaient étudié un aspect de la question (2).

Ihering fut le premier qui en saisit parfaitement l'importance, en détermina et en délimita l'étendue et en fit une étude systématique et complète dans un article des *Jahrbücher für die dogmatische des privatrechts*, paru en 1860 (3), sous le titre : « De la culpa

(1) Pothier. — Traité de l'obligation, n° 19, — traité du contrat de vente, n° 32.

(2) Savigny, Röm. Privatrecht, III, § 418 (4^e éd.). — *System.*, III p. 295, note a. — Von Wächter, Würt. Privatrecht, II, p. 749. — Richelmann, Einfluss d. Irrthums auf Verträge, Hanovre, 1887, p. 1293. — Schweppe, Röm. Privatrecht, III, § 417 (4^e éd.).

(3) Jahrbücher für die dogmatische des heutigen römischen und deutschen privatrechts, année 1860. — Trad. franç. dans O. de Meulenaere, *Œuvres choisies de Ihering*. (Paris, A. Chev.-Marescq aîné, 1893.) — Toutes les fois que nous aurons, dans le cours de cette étude, l'occasion de citer un passage de l'art. de Ih., c'est à cette trad. franç. que nous nous référerons.

in contrahendo ou des dommages-intérêts dans les conventions nulles ou restées imparfaites. » Cet article a servi de point de départ et de base à tout ce qui a été écrit depuis sur la matière, littérature d'ailleurs assez abondante, portant soit sur l'ensemble de la question, soit sur des points spéciaux, et dont on trouvera une excellente bibliographie dans une thèse inaugurale de M. Gaspard Melliger, soutenue devant la Faculté de Zurich (1).

En France, M. Saleilles a exposé brièvement la matière dans sa *Théorie générale de l'obligation d'après le projet du Code civil allemand* et y est revenu dans son dernier ouvrage sur la *Déclaration de volonté*.

Enfin, en 1900, M. Legros a repris la question et l'a traitée de nouveau à fond dans une thèse présentée à la faculté de Dijon. L'ouvrage de M. Legros est excellent. Œuvre de science et de conscience, il contient, avec une étude très complète de l'évolution historique de la question, un examen approfondi des doctrines proposées et de leurs conséquences pratiques. Les principes essentiels de la matière sont à peu près dégagés par l'auteur qui en fait au surplus d'excellentes applications.

Mais la matière est trop importante et trop délicate pour qu'un ouvrage, même aussi consciencieux que celui de M. Legros, ait pu l'épuiser. La question ne mérite pas seulement d'attirer l'attention des jurisconsultes, mais de la retenir. Outre qu'elle touche, dans sa partie générale, au problème si complexe et si intéressant du fondement de la responsabilité civile, elle soulève dans sa partie casuistique des questions très nombreuses et très délicates, d'un intérêt pratique considérable, dont une étude approfondie s'impose.

Ce n'est pas cette étude, mais une modeste contribution à cette étude, que nous voudrions voir reprise par de plus autorisés, que nous avons essayé d'entreprendre.

(1) Melliger. Thèse Zurich, 1899.

4. *Théorie classique. La nullité résultat d'un dol ou d'une imprudence. — Délit ou quasi-délit. — Responsabilité des art. 1382-1383 C. civ.* — On avait déjà observé dans notre ancien droit que l'annulation d'un contrat pouvait être la cause d'un dommage pour la personne contre qui elle était obtenue, et décidé qu'elle pouvait devenir la source d'une action en responsabilité contre celle qui l'avait obtenue.

On fondait cette solution sur l'idée d'un délit ou d'un quasi-délit, sur cette règle d'équité que chacun de nous doit être responsable du dommage que, soit par dol, soit par imprudence ou par négligence, il cause à autrui.

C'est surtout le cas de nullité pour erreur substantielle qu'on avait étudié.

« Si voulant faire faire un tableau par Natoire, écrit Pothier, je fais marché pour ce tableau avec Jacques, que je prends pour Natoire, le marché est nul faute de consentement de ma part ; car, je n'ai pas voulu faire faire un tableau par Jacques mais par Natoire et la considération de la réputation de celui-ci entraine dans le marché que je voulais faire.

» Observez néanmoins que si Jacques, qui ignorait que je le prenais pour Natoire a, en conséquence, de cette convention erronée, fait ce tableau, je serai obligé de le prendre et de le payer, suivant le dire des experts. Mais ce n'est pas, en ce cas, la convention qui m'y oblige, cette convention, qui est nulle, ne pouvant produire aucune obligation : *la cause de mon obligation est, en ce cas, l'équité qui m'oblige à indemniser celui que, par mon impru-*

dence, j'ai induit en erreur ; il naît de cette obligation une action qui s'appelle *actio in factum*. » (1)

La théorie de Pothier est, on le voit, très simple : il y a des cas de nullité qui proviennent de la malignité ou de la faute, c'est-à-dire de l'imprudence ou de la négligence de l'une des parties. Ainsi, dans l'exemple cité par Pothier, j'ai été imprudent, voulant faire faire un tableau par Natoire, de ne pas m'assurer par une interrogation si la personne à qui je m'adressais était bien Natoire. Mais la faute n'enlève pas à celui qui l'a commise, le droit de se prévaloir de la nullité. Elle l'oblige seulement à la réparation du préjudice causé.

Les commentateurs du Code civil se sont contentés de reproduire, soit sous les articles 1382 et 1383 qui sont consacrés aux délits et aux quasi-délits, soit sous l'article 1110 qui vise l'erreur, la solution de Pothier.

C'est ainsi que MM. Aubry et Rau écrivent, en énumérant les faits qui peuvent donner ouverture à l'action en responsabilité des articles 1382 et 1383 : « L'annulation même d'un acte peut être l'occasion d'une demande en dommages-intérêts fondée sur un délit ou quasi-délict, imputable soit à l'une des parties, soit à un tiers (2). »

5. Insuffisance de la théorie. — Il serait difficile de contester la justesse de cette doctrine.

Aussi bien personne ne l'a-t-il fait ? Mais on l'a accusée de ne pas répondre à tous les besoins de la pratique. On l'a trouvée insuffisante. Une théorie juridique peut être insuffisante de deux façons ; elle peut d'abord ne pas s'appliquer à certaines espèces qu'il serait désirable de lui voir embrasser ;

(1) Pothier. Traité de l'obligation, n° 19..

(2) Aubry et Rau. Cours de droit civil français, tome I, § 47, page 185 de la cinquième édition. Sic : Mourlon. Rép. écrites sur le Code civil. Tome 2, n° 1044, 1047 in fine, 1049 bis. — Demante. Cours analytique de droit civil, tome 5, 16 bis, IV. — Marcadé, tome 4, n° 409 sous l'article 1110. — Demolombe. Traité des obligations, tome 1, n° 102 et 109. — Toullier. Tome 6, n° 57, etc.

elle peut, dans les hypothèses même qu'elle embrasse, ne répondre que d'une manière imparfaite aux nécessités de la pratique. Que la théorie que nous venons d'exposer ne puisse suffire à fonder le droit à l'action en dommages-intérêts pour nullité de contrat dans tous les cas où il y a l'occasion d'admettre cette action, il n'en faut pas douter. En effet elle n'admet la responsabilité que comme conséquence de la faute. Partout donc où il n'y a pas faute, elle ne s'applique pas.

Toutes les fois que la nullité n'est pas le résultat d'une faute, faudra-t-il refuser l'action ? Ce serait souvent injuste. Il y a des cas dans lesquels la nullité provient d'un véritable cas fortuit, où l'on ne peut relever à la charge des parties l'imprudence même la plus légère, et où cependant il serait peu équitable de ne pas indemniser celui qui a souffert le préjudice. Ces cas sont-ils très nombreux ? N'importe. Il suffit qu'il y en ait, pour que la théorie des dommages-intérêts fondés sur les articles 1382 et 1383 soit insuffisante. Or, de ces cas-là, nous le répétons, il y en a certainement ; on peut en citer beaucoup ; nous en trouverons dans le cours de notre étude ; il y en a, entre autres, un exemple célèbre.

Une maison de Cologne télégraphie à une banque de Francfort de vendre pour son compte une certaine quantité d'une certaine valeur. Vendre se dit en allemand *verkaufen*. Les employés du télégraphe se trompent et au lieu du mot *verkaufen* transmettent par fil télégraphique le mot *kaufen* qui signifie *acheter*. La banque se conforme à l'ordre que contient la dépêche, telle qu'elle l'a reçue : elle achète au lieu de vendre. Là dessus, les valeurs, conformément sans doute aux prévisions de la maison de Cologne, baissent. La banque veut forcer la maison de commerce à prendre les titres et à payer le prix d'achat. La maison de Cologne refuse, alléguant que ce n'est pas un achat qu'elle voulait. La banque est obligée de revendre les valeurs en baisse. D'où pour elle une différence à régler à perte. N'aura-t-elle aucun recours contre l'autre partie ? Celle-ci n'est pas en faute. On a essayé de démontrer le contraire : on a prétendu que l'expéditeur devait demander le collationnement de la dépêche à cause

de l'importance de la vente ; on a même été jusqu'à dire, et c'est Ihering lui-même qui a émis cette opinion, que le fait de contracter entre absents constituait une faute. Nous voulons bien qu'on exige des contractants la prudence la plus éveillée et la plus prévoyante. Il ne faut cependant rien exagérer. Le télégraphe, comme tout moyen de communication n'est pas un intermédiaire absolument sûr. Mais enfin on s'en sert tous les jours, non seulement dans la correspondance privée, mais pour les affaires publiques et pour les opérations de commerce et de bourse. Il donne d'excellents résultats. Et il n'est pas d'usage, lorsqu'on transmet un télégramme important d'en demander le collationnement. Peut-on sérieusement soutenir que celui qui expédie un ordre de bourse par télégramme, qui fait ce que tout autre individu, même le plus soucieux de ses affaires, aurait fait à sa place, commet une imprudence ?

Remarquez en passant que, en l'espèce, si l'expéditeur de la dépêche est exempt de faute, l'erreur qui s'est glissée dans la transmission provient cependant d'une faute, de la négligence de l'employé du télégraphe. Celui-ci devrait être responsable. Mais ce sera les trois quarts du temps un insolvable. L'administration des télégraphes dont il est le préposé, et à qui l'on paie pour la transmission des dépêches un certain prix, devrait, d'après le droit commun, être responsable à sa place. Mais elle a eu soin de se dégager par une clause expresse.

Ici, si le contrat ne s'est pas formé, c'est bien par suite d'une *négligence*, mais qui n'est pas imputable à l'une des deux parties ; et pratiquement cette négligence, vu l'irresponsabilité de son auteur, doit être traitée comme un cas fortuit. Il est évident — contentons-nous pour le moment de cette constatation toute intuitive, mais qui s'impose avec force, nous expliquerons plus tard pourquoi — qu'il ne serait pas juste de faire supporter les conséquences de ce cas fortuit à la maison de Francfort et que c'est à la maison de commerce de Cologne de subir ce préjudice.

Nombreux seront les cas analogues, l'usage du télégraphe étant devenu courant dans le commerce.

Mais il se présentera même des cas où il n'y aura aucune espèce de négligence, ni de la part des contractants ni de la part des tiers et où cependant le contrat conclu ne sera formé qu'en apparence.

Il y a tout un ordre d'hypothèses, que nous préciserons, où l'action en indemnité pour intérêt négatif devra être accordée, non pas tant comme une action en responsabilité que comme le meilleur moyen de conciliation des intérêts opposés. C'est dans le cas de révocation intempestive d'une pollicitation. Il est clair que si l'on décide que l'offre peut être révoquée tant qu'elle n'a pas été acceptée, la notification de la révocation arrivât-elle après l'acceptation (pourvu qu'elle ait été expédiée avant), il pourra se présenter des hypothèses où la révocation portera préjudice à l'acceptant.

Par exemple, si l'acceptant, comptant sur le marché proposé, en a refusé un autre aussi avantageux, et qu'il souffre de ce chef un préjudice, dira-t-on qu'il est en faute d'avoir compté sur une offre qu'il savait soumise à un droit de révocation dont il devait tenir compte? Ce serait rendre tout contrat par correspondance impossible. Dira-t-on que, en tous cas, si l'acceptant n'est pas en faute, le pollicitant ne l'est pas non plus, car, en révoquant, il n'a fait qu'user d'un droit, et celui qui use d'un droit ne commet pas une faute? Certes la remarque serait juste. Mais en conclure le refus de notre action ce serait adopter une solution grosse de difficultés pratiques.

Alors faut-il rejeter la doctrine de la révocabilité de l'offre malgré ses avantages? Cette solution serait aussi mauvaise : elle dépasserait le but et présenterait d'autres inconvénients. Il n'y a qu'un moyen de se tirer de cette difficulté : c'est d'admettre le droit à cette révocation, mais avec le correctif de la responsabilité, de l'intérêt négatif. (Voir ci-dessous nos 38 et suiv.).

Cette action ne pourra être basée sur une responsabilité extra-légale.

Sur quelle théorie légale la baser? nous le chercherons plus loin. (V. ci-dessous nos 38 et s. précités).

6. Autres inconvénients que présenterait la théorie délictuelle classique. — On fait à la théorie délictuelle trois autres reproches : 1^o elle aurait d'abord pour conséquence de mettre le fardeau de la preuve, et ce serait ici un fardeau particulièrement lourd, à la charge de la victime de la nullité : « Rigoureusement, a-t-on dit, le demandeur devrait démontrer qu'étant données les circonstances particulières où s'est nouée telle ou telle convention, l'autre partie n'a pas observé la mesure de diligence et d'attention requise d'un homme de prudence moyenne » (1).

2^o Elle aurait ensuite pour conséquence de rendre responsable de leur culpa in contrahendo les contractants incapables. C'est un principe, absolument constant en doctrine et en jurisprudence, que l'incapable répond de ses délits et de ses quasi-délits. Si le fait d'introduire dans un contrat, par sa négligence, une cause de nullité constitue un délit ou un quasi-délit, l'incapable répondra comme une personne capable de sa culpa in contrahendo. Qu'il réponde de son dol, c'est juste. Mais qu'il réponde de sa faute, c'est moins nécessaire et cela semble aller à l'encontre de ce qu'a voulu la loi en édictant l'incapacité. La loi a prétendu d'une manière générale empêcher l'incapable de se léser ou d'engager certain de ses biens par contrat.

Que la lésion provienne de la validité du contrat ou de sa nullité, elle n'en est pas moins une lésion et ne résulte pas moins de ce fait que l'incapable a voulu former une convention. Que l'engagement pris par une personne à qui la loi fait défense de prendre cet engagement vienne d'une volonté réfléchie ou d'une volonté irréfléchie et imprudente, cela revient au même. Si le législateur n'a pas cru pouvoir exonérer l'incapable des suites de son délit et de son quasi-délit comme des suites de son contrat, cela tient à une différence dans la situation des personnes contre lesquelles s'exercerait la protection de l'incapable. Protéger l'incapable, c'est bien. Mais il ne faut pas que cette protection s'exerce au détriment des tiers. Lorsque la loi permet à un incapable de faire annu-

(1) Legros. *Op. cit.*, p. 37.

ler une convention qu'il a formée sur le seul fondement de son incapacité ou de son incapacité et de la lésion qu'il subirait, — elle prive d'un bénéfice ou cause même un dommage à l'autre contractant. Mais celui-ci n'a pas à se plaindre. Il était averti d'avance du risque qu'il courait en contractant avec un incapable. Il était prévenu. Il devait ne pas entrer en relations contractuelles avec lui. En le faisant, il s'est soumis à des risques qu'il connaissait d'avance. Il n'a donc pas à se plaindre. Il ne peut pas dire que la loi protège l'incapable à son détriment. C'est lui-même qui a voulu ces risques.

Tout autre est la situation d'une personne qui a été victime d'un délit ou d'un quasi-délit commis par l'incapable. Elle n'est pas entrée en relations avec lui ; elle ne pouvait pas empêcher par une simple abstention le dommage qui lui a été causé. Si donc dans ce cas l'incapable était irresponsable, cette personne aurait le droit de dire que la protection que la loi accorde à l'incapable s'exerce à ses dépens.

Il n'est pas douteux que celui qui a subi un dommage du fait d'une culpa in contrahendo de l'incapable se trouve dans la première situation et non dans la seconde. Il n'est pas douteux que dans l'esprit de la loi la protection de son incapacité doit être étendue à cette hypothèse. En rendant l'incapable responsable de sa culpa in contrahendo la théorie délictuelle ne tient donc pas compte de la légitime sollicitude du législateur à l'égard de l'incapable.

3° On ajoute enfin que lorsqu'il s'agit de contrats passés par mandataires, la théorie délictuelle ne va à rien moins qu'à faire peser les conséquences de la nullité sur le mandataire et à décharger le mandant. Solution tout à fait injuste et inacceptable. On ne comprendrait pas que le mandataire courût de tels risques de perte dans un contrat où il n'a aucune chance de gains ; on ne comprendrait pas non plus que le mandant pour qui sont les avantages de la négociation, si elle aboutit, n'assumât pas les risques de son avortement. Le mandant se sert d'un mode de contracter dont il a voulu les avantages ; il doit par conséquent en accepter les risques.

Tous ces reproches sont-ils justifiés ? Toutes ces solutions sont-elles la conséquence nécessaire de la théorie délictuelle ? Nous espérons démontrer qu'il n'en est rien, ou que, en tous cas, ces reproches dans ce qu'ils ont de fondé, ne sont que la conséquence de ce premier vice que nous avons reconnu à la théorie délictuelle *classique* (1) : l'inconvénient de ne pouvoir admettre l'action en responsabilité qu'au cas de faute (V. nos 14, 15 et 16 ci-dessous).

Mais ce reproche là est sérieux et grave. Il faut donc ou abandonner la théorie classique, qui fonde la responsabilité sur une obligation légale, ou en élargir la conception.

On a essayé du premier parti. On a voulu abandonner la théorie de la responsabilité légale, et fonder toute la responsabilité *in contrahendo* sur une obligation contractuelle. Ceux qui ont fait cela ont eu en vue d'échapper non seulement à l'exigence d'une faute, mais aux trois autres inconvénients qu'ils présentent comme inhérents à la théorie de la responsabilité légale.

Nous allons voir comment ils y ont réussi.

(1) Mais qui n'est pas inhérent, laissons-le pressentir de suite, à la théorie de la responsabilité légale.

III

7. *Théorie contractuelle.* — La théorie de la responsabilité contractuelle est, tout au moins en droit moderne, une théorie allemande. C'est Ihering qui en a eu l'idée. Le savant professeur nous a expliqué lui-même comment il a été amené à la construire : il admettait, en cas de déclaration erronée, la prépondérance de la volonté interne sur la volonté apparente, c'est-à-dire la nullité du contrat. Mais avec son sens si pénétrant des besoins de la pratique, il avait de suite compris qu'il fallait un tempérament à cette théorie. Il avait compris que la nullité prononcée à la demande de la partie qui avait commis l'erreur pouvait être une source de dommages pour la partie adverse, et qu'il n'était pas juste de faire supporter définitivement ce dommage à celui des contractants qui en était complètement innocent pour protéger celui qui en était la cause.

Il analysa avec beaucoup de netteté et de précision la nature et l'étendue du dommage causé, qu'il appela *negative interesse* ou intérêt négatif, par opposition à l'intérêt positif ou intérêt d'exécution (1). Et il admit en principe, pour la partie victime de la nullité, le droit à une indemnité égale à cet intérêt négatif.

Mais comment légitimer cette solution ? Ihering ne trouvait dans la législation de son pays aucun texte où l'appuyer. En l'absence d'un texte il crut utile, pour donner une base législative à sa théorie, de l'appuyer sur l'autorité du droit romain,

(1) Nous avons reproduit plus haut son analyse de l'intérêt négatif ou *negative interesse*. Voir n° 2.

qui avait alors, en Allemagne, force de droit écrit subsidiairement à la loi nationale.

La question en droit romain pouvait passer pour douteuse. Quatre jurisconsultes modernes seuls avant Ihering l'avaient examinée. Deux d'entre eux, Von Wächter et Savigny refusent l'action. Leur raisonnement est simple ; il ne peut être question, en la matière, de responsabilité contractuelle, puisqu'il n'y a pas contrat (un contrat annulé est comme s'il n'avait jamais été). Il ne peut pas plus être question de responsabilité délictuelle, car on se trouve en dehors des conditions d'application de la *lex Aquilia* ; la loi Aquilia ne vise en effet que le dommage causé *corpore corpore*. Il est vrai que les jurisconsultes romains ont très largement étendu le domaine d'application de ce texte législatif ; il est vrai aussi que dans certains cas le droit romain admettait la responsabilité délictuelle et quasi-délictuelle en dehors de tout dommage causé *corpore corpore*, par exemple pour les injures verbales, les libelles diffamatoires, *carmen famosum*, etc. Mais ce n'étaient là que des exceptions légales. De droit commun le délit ou quasi-délit supposait un dommage causé *corpore corpore*.

Les deux autres auteurs accordent l'action. Mais l'un, Schweppe, invoque les principes généraux sans plus d'explications. Il vise très probablement la loi Aquilia, et nous venons de voir qu'elle n'est pas applicable. L'autre, Richelmann, dit que la nullité d'un contrat exclut bien l'action en exécution du contrat, mais n'exclut pas l'action en réparation pour *culpa*.

8. — Trois propositions s'imposaient dès lors à Ihering et devaient diriger ses réflexions : — l'action était nécessaire ; — il était désirable pour lui donner une base législative, de la fonder sur l'autorité du droit romain qui avait force de loi subsidiairement à la loi nationale ; — on ne pouvait songer à invoquer la loi Aquilia.

L'idée de Richelmann pouvait se plier à ces nécessités. C'est en partant de cette idée que Ihering a tiré, par une savante analyse, de quelques textes intéressants toute la théorie de la responsabilité contractuelle.

En dehors du cas de l'erreur substantielle, l'attention de Ihering avait été attirée sur deux espèces remarquables de nullités. Dans la première, la nullité du contrat provenait d'une erreur d'un messenger : « Je charge un ami qui se rend à Brême de me commander, chez un marchand de cigares, un quart de caisse de cigares ; il se trompe et me commande quatre caisses. Celles-ci sont envoyées et je les refuse. L'expéditeur doit-il supporter les frais des deux transports, ou bien peut-il en réclamer le remboursement, soit à l'intermédiaire, soit à moi-même ? » (1). La seconde espèce, qui avait attiré particulièrement l'attention de Ihering, c'était ce procès entre une banque de Francfort et une maison de Cologne dont nous avons parlé plus haut (n° 5). Dans ces deux cas comme dans celui de l'erreur substantielle, s'imposait la nécessité d'une action en réparation pour intérêt négatif.

Mais comment fonder en droit ces solutions ? Là était la difficulté. Avant tout, il fallait chercher ce que ces hypothèses avaient de commun entre elles, et de particulier par rapport aux hypothèses où le préjudice n'engendre pas une action en réparation.

« Je cherchai, dit Ihering, à me rendre compte du caractère particulier des trois cas de *culpa* mentionnés plus haut (erreur sur les qualités substantielles, erreur du messenger, erreur du télégraphe) et des différences avec les autres. Une faute d'écriture, une commission mal faite, une dépêche mal rendue n'engendrent point d'une façon absolue dans les relations extra-contractuelles, une obligation de dommages-intérêts. Cela était clair. Quant à rendre responsable des suites de sa *culpa* celui qui a commis une erreur en communiquant, par complaisance, les derniers cours ou une nouvelle politique qui a influé sur les cours, je ne me sentais nullement tenté de le faire, tandis que, dans les trois cas ci-dessus, mon sentiment se prononçait, d'une manière tout aussi décidée, en faveur de la responsabilité. — Quelle est donc la différence des éléments de fait de ces espèces ? Dans les trois premiers cas la *culpa* est commise à l'occasion d'un rapport contractuel projeté.

(1) Ihering. *Op. cit.*, § 6.

L'une des parties a éprouvé un dommage à l'occasion de l'exécution d'une convention proposée par l'autre et devenue parfaite d'après l'ensemble des circonstances extérieures. J'obtiens ainsi une délimitation du domaine de notre *culpa*, savoir la *culpa* dans la conclusion des contrats, *culpa in contrahendo* ».

C'est donc que, en matière de formation de contrat, la responsabilité est plus stricte qu'en matière purement extra-contractuelle. C'est qu'on est tenu dans la formation des contrats d'une diligence dont on n'est pas tenu dans les relations courantes de la vie.

Ihering a cru trouver confirmation de sa théorie dans trois textes du droit romain, les frag. 62, § 1, de contrah. emt. (xviii, 1) et 8, § 1, de relig. (ii, 7) du Digeste, et le § 5, de emt. et vend. (iii, 24) des Institutes :

« Qui nesciens loca sacra, vel religiosa, vel publica, pro privatis comparavit, licet emtio non teneat, ex emto tamen adversus venditorem experietur, ut consequatur, quod interfuit ejus, non deciperetur. » — Dig., l. xviii, t. 1, de contrahenda emtione, etc., loi 62, § 1.

« Si locus religiosus pro puro venisse dicetur, Proetor in factum actionem in eum dat ei, ad quem ea res pertinet, quæ actio et in heredem competit, cum quasi ex emto actionem contineat. » Dig., l. ii, t. 7, frag. 8, § 1.

« Loca sacra, vel religiosa, item publica (veluti forum, basilicam) frustra quis sciens emit : quæ tamen si pro profanis vel privatis, deceptus a venditore, quis emerit : habebit actionem ex emto, quod non habere ei liceat, ut consequatur, quod sua interest eum deceptum non esse. Idem juris est si hominem liberum pro servo emerit. » Ins., l. iii, t. 24, § 5.

M. Ihering, analysant ces textes et les comparant entre eux, y découvre ces caractères communs : 1° *il s'agit dans tous les cas visés d'un contrat conclu en apparence* ; 2° *mais nul au fond par suite d'un défaut de la chose vendue (défaut de capacité)* ; 3° *le vendeur est en faute* ; mais il n'y a ni dol de sa part, ni *culpa aquiliana* pouvant servir de fondement à une action en responsabilité quasi ex delicto ; 4° *l'acheteur ignore le vice de la chose vendue*

(arg. du mot *nesciens* de la loi 62 § 1 de *contr. emt.*) ; 5° il y a cependant lieu à des dommages-intérêts au profit de l'acheteur ; 6° c'est au moyen de l'action même du contrat que l'acheteur réclamera ces dommages-intérêts. (La loi 8 de *relig.* parle, il est vrai d'une action *in factum quasi emto* ; mais elle ajoute que cette action *in heredem competit*. Or l'action délictuelle ou quasi délictuelle ne peut *in heredem competere* ; 7° enfin les dommages-intérêts dont il s'agit sont des dommages-intérêts pour intérêt négatif.

L'expression « *ut consequatur quod sua interest eum deceptum non esse* » des Institutes, reproduite presque littéralement dans la formule « *ut consequatur quod interfuit ejus non decipetur* » de la loi 62, signifierait d'après Ihering, « l'intérêt que l'acheteur avait à ne pas faire ce contrat purement apparent, » c'est-à-dire l'intérêt qu'il avait à ne pas contracter, en un mot l'intérêt négatif. Cette distinction de l'intérêt positif et de l'intérêt négatif a d'ailleurs été certainement faite par le droit romain. On la trouve au moins dans un autre cas, en matière de vente d'animaux (1).

Dans ces trois textes, d'après Ihering, le fait le plus saillant est celui-ci : il y a une faute de la part du vendeur, mais insuffisante à fonder la responsabilité aquilienne.

Cette faute, trop légère pour servir de base à une action délictuelle ou quasi-délictuelle, a néanmoins pour effet d'engendrer la responsabilité légale. Comment et pourquoi cela ? C'est que « la limitation de l'effet obligatoire de la *culpa* a la forme du dommage aquilien, c'est-à-dire visible, matériel, causé à des objets extérieurs (choses ou personnes), est en réalité, non une disposition arbitraire du droit romain, mais une nécessité fondée sur la nature

(1) On sait en effet que l'acheteur d'un animal atteint de vices rédhibitoires avait à sa disposition deux actions entre lesquelles il pouvait opter : l'action *quantum minoris* et l'action en résolution. Par l'action *quantum minoris*, tout en demeurant acquéreur de l'animal, il obtenait des dommages-intérêts équivalents à la moins-value résultant des vices découverts. Par l'action rédhibitoire, il demandait la résolution de la vente et des dommages-intérêts pour le dommage causé par l'apparence de vente. L'action rédhibitoire était donc bien une action pour intérêt négatif.

des choses, et c'est principalement pour ce motif que, malgré toute la liberté avec laquelle ils ont étendu l'action aquilienne, les jurisconsultes romains sont toujours restés en deçà de cette limite. Qu'au delà de cette limite il y ait encore d'autres cas de dommage, c'est ce que leur rappelait tous les jours l'action *doli*, et si malgré cela ils ont restreint les dommages-intérêts pour les cas de cette espèce à l'hypothèse du *dolus*, cela nous apprend clairement qu'ils reconnaissaient exactement le rapport de dépendance nécessaire, qui existe d'une part entre la *culpa* et la forme restreinte du dommage et d'autre part entre le *dolus* et la forme illimitée du dommage » (1) ; un mauvais conseil, un renseignement erroné peuvent être la cause d'une lésion : mais ils ne peuvent, tant qu'on reste dans le cercle des relations purement extra-contractuelles, engager, par eux-mêmes, la responsabilité de celui qui lés donne (si toutefois il n'y a pas mauvaise intention). Il faudrait donc, d'après Ihering, n'accorder l'action en dommages-intérêts pour nullité que dans les cas de dol, ou bien fonder l'action sur une autre base. Le premier terme de l'alternative est inacceptable. Reste le second : fonder l'action sur une autre base. Ce ne peut être qu'une base contractuelle. C'est d'après le savant professeur ce qu'ont fait les jurisconsultes romains et ce qu'on voit dans les textes cités.

L'action accordée à l'acheteur par ces textes est une action contractuelle — l'action même du contrat : c'est ce qui ressort avec évidence des termes des Institutes, « habebit actionem ex empto » et, d'une manière moins directe mais aussi sûre, de la loi 62. (En effet, d'après la loi 62, l'action in factum quasi ex empto accordée à l'acheteur d'une chose hors du commerce « in heredem competit ».) (2).

Mais comment est-il possible qu'un contrat nul donne nais-

(1) Ihering. *Op. cit.* § 10, p. 23 et 24.

(2) Nous nous abstenons de critiquer l'interprétation que Ihering donne de ces textes. Pour deux raisons. Le droit romain n'a pas pour nous, comme il avait pour Ihering, force de loi subsidiairement au droit national. Voudrions-nous adopter la théorie de Ihering, ce n'aurait jamais, pour nous,

sance à une action? Ihering, raisonnant toujours sur l'hypothèse d'une vente, l'explique ainsi: « Si la nullité ou « *nullam esse emtionem* » signifiait l'absence complète d'effets du contrat, une action *emti* basée sur un pareil contrat serait un non sens.

« La dation de l'action *emti* est une preuve certaine que le contrat a produit certains effets. Le but de tout contrat est l'exécution ; l'effet qu'on y a en vue consiste donc dans la production d'une obligation d'exécuter. Si maintenant, à cause du défaut de quelque condition nécessaire, cet effet est exclu, si de cette manière le but véritable du contrat est manqué, nous l'appelons nul, et nous déterminons partant les notions de validité d'après le but principal du contrat. Mais cela n'empêche nullement que le contrat ne puisse produire des effets d'une autre espèce, en tant du moins que ceux-ci n'en visent point l'exécution, mais par exemple la restitution de la chose donnée, des arrhes, les dommages-intérêts. La qualité de la chose d'être *extra-commercium* exclut nécessairement la possibilité de l'exécution, mais non celle d'une autre obligation résultant du contrat. Les parties ont consenti; toutes les autres conditions du contrat, à l'exception de la capacité de l'objet, sont réunies ; pourquoi donc ce contrat ne pourrait-il

qu'un intérêt médiocre, au point de vue dogmatique, que de l'appuyer sur le droit romain. Mais, et c'est la seconde raison, nous comptons ne pas nous servir de la théorie de Ihering.

Cependant nous ne pouvons passer sous silence qu'elle a été contestée par Brinz, et par d'autres romanistes, et qu'elle nous paraît très douteuse. Les expressions « *quod interfuit ejus non deciperetur* », « *quod sua interest eum deceptum non esse* », manquent de précision. Nous voulons bien qu'elles puissent viser l'intérêt *négatif*, mais on peut les appliquer tout aussi bien, et peut-être mieux, à l'intérêt d'exécution. Tout ce que ces textes prouveraient alors, c'est que la vente d'une chose hors du commerce n'est nulle et assimilable à la vente d'un objet inexistant que lorsque l'acheteur n'ignorait pas l'extra-commercialité. Dans les cas contraires elle serait valable ; mais, ne pouvant être exécutée en nature, elle donnerait simplement lieu à des dommages-intérêts. Brinz cite à l'appui de cette opinion un argument à *contrario* de la loi 34 § 2 de *contrah. emt.* Ihering prendrait donc pour une action en responsabilité, ce qui ne serait que l'action en exécution d'un contrat pleinement valable.

Quoi qu'il en soit de cette controverse, elle n'a pour nous qu'un intérêt de second ordre. Nous croyons donc inutile d'insister plus longuement.

pas produire entre les parties une obligation du moment que celle-ci n'a pas pour objet la prestation de l'objet même ? » (1).

9. — La responsabilité pour contrat nul ou contrat manqué est donc une responsabilité contractuelle... C'est par l'action du contrat qu'on la fait valoir. C'est du contrat qu'elle ressort. Mais ce n'est pas tout de dire quelle est la forme de la responsabilité : il faut en rechercher le fondement. Ce n'est pas tout de dire *comment* l'indemnité est due : il faut chercher *pourquoi* elle est due.

Pour Ihering la responsabilité contractuelle comme la responsabilité délictuelle doit être fondée sur une faute. Seulement tandis que la faute délictuelle consiste, de droit commun, dans un fait, la faute contractuelle peut consister dans une simple omission. « Le contractant sort... du cercle purement négatif des relations extra-contractuelles pour entrer dans le cercle positif des contrats ; il passe du domaine de la simple *culpa in faciendo* dans celui de la *culpa in non faciendo*, de la *diligentia* négative à la *diligentia* positive. La première, la plus générale des obligations qu'il assume ainsi, est d'employer la *diligentia* nécessaire dès le moment même du contrat, et, non seulement les rapports contractuels existants, mais déjà les rapports naissants doivent se trouver sous la protection des règles sur la *culpa*, afin que les relations contractuelles ne soient pas gravement compromises et que les parties ne soient pas livrées au danger de devenir la victime d'autrui. Pour les garantir contre ce danger, il ne faut pas les obliger de se stipuler expressément l'absence de *culpa*, la loi peut et doit leur épargner cette peine en attachant à la conclusion même du contrat la preuve de l'acceptation tacite de cette garantie. Dans les rapports extra-contractuels, nul ne peut demander à autrui garantie pour la certitude et la vérité de ses déclarations et de ses affirmations ; la loi ne protège que contre le *dolus*, non contre la *culpa*, et on ne doit s'en prendre qu'à soi-même lorsque, par une aveugle confiance dans les dires des tiers, on subit un dommage, car on

(1) Ihering, *op. cit. loc. cit.*

devait connaître l'absence de force obligatoire de ces dires. Dans les relations contractuelles, au contraire, où précisément ces déclarations doivent avoir force obligatoire, l'une des parties peut attendre de l'autre qu'elle vérifie si elles sont fondées; la première n'est pas, en général, en mesure de faire elle-même cette vérification. L'autre partie, en concluant le contrat avec elle, lui garantit par cela même le résultat favorable de cette vérification et si, pour ce motif, elle doit lorsque le contrat est venu à perfection, répondre par la prestation de l'intérêt positif des *dicta promissa*, de l'éviction, en un mot de ses affirmations, elle le doit pareillement pour la prestation de l'intérêt contractuel négatif lorsque le vice existant dans sa personne, et qui lui a échappé, a causé la nullité du contrat et infligé ainsi un dommage au co-contractant. Que ce soit verbalement ou par son fait qu'elle a assuré être en état de conclure ce contrat déterminé, cela importe peu, cette circonstance se trouve en tout cas dans le fait même de la conclusion du contrat (1). »

Lorsque M. Ihering parle de diligence positive, il entend une diligence excessivement éveillée, et, comme conséquence, il étend très loin l'idée de faute. La faute contractuelle se détermine d'une manière abstraite, sans égard aux circonstances de l'espèce. « On objectera, ajoute l'auteur, ... que pareille faute... n'est qu'une *culpa fictive*, qu'une *præsumptio juris et de jure* de faute. Je concède volontiers que régulièrement chez les romains l'existence de la *culpa* est recherchée dans chaque cas particulier, si bien qu'un acte ne passe jamais pour coupable d'une manière absolue et que, si même il est présumé tel (par exemple le fait de se laisser voler la chose d'autrui), on admet la preuve contraire. Mais d'autre part les juristes romains ramenaient souvent à une *culpa* de l'auteur une responsabilité fondée uniquement sur la nature du rapport juridique, et entièrement indépendante de la conduite juridique du coupable. » Et l'auteur cite à l'appui de sa thèse les lois 61 de *furtis*, D. (Africain), et 23 pr. pro soc., D.

(1) Ihering, *op. cit.*, n° 17.

(Ulpien). « Il n'y a point à distinguer ici l'excusabilité ou l'inexcusabilité de l'erreur, toute erreur de ce genre est inexcusable. Celui qui promet ne peut point se tromper ; s'il se trompe, ce doit être à ses propres dépens et non aux dépens de l'autre partie » (1). La faute existe pour cela seul qu'on *contracte sans pouvoir* prêter les conditions de validité du contrat, et qu'on induit ainsi l'autre partie en erreur par la fausse apparence du contrat.

Telle est, dans ses grandes lignes, la théorie de Ihering.

10. — On pourrait faire à première vue à Ihering le reproche de n'avoir pas tiré de la théorie contractuelle tout le parti qu'on en pouvait tirer.

Nous avons vu que le principal et, à vrai dire, le seul inconvénient de la théorie délictuelle classique, c'est de lier la responsabilité à une faute. En effet, dans l'opinion courante, la responsabilité légale ne peut naître que d'une faute, dolosive ou non intentionnelle, ou d'une stipulation. Dans tous les cas où il n'y a ni dol, ni faute, il ne saurait donc y avoir responsabilité que si elle a été *stipulée*.

Mais, si elle a été stipulée, la responsabilité peut exister là même où il n'y a pas faute. Du moment que, d'après Ihering, la nullité n'empêche pas le contrat d'avoir une certaine existence, quoi d'impossible à admettre que cette responsabilité a été stipulée tacitement ? Ne peut-on supposer que les contractants se sont promis tacitement la garantie de la formation du contrat. Ne peut-on présumer qu'ils ont eu cette intention ?

Alors la responsabilité prendra naissance, même lorsque la nullité ne sera pas le résultat d'une faute. Ainsi je vous ai vendu mon cheval, mort au moment de la vente, et qu'une lettre reçue au même instant me représentait comme en excellent état. Je serai responsable non parce que je vous ai causé dommage par ma négligence, mais parce que pour vous engager à contracter avec moi je

(1) Ihering, *op. cit.*, n° 14.

serai censé vous avoir assuré contre les risques de la mort de l'animal avant le contrat.

Ihering n'a pas cru devoir aller jusque là : il a préféré expliquer la responsabilité, sinon par une faute concrète, du moins, par une présomption, nous dirions mieux, une fiction de faute.

Il a cependant expressément rattaché, nous venons de le voir (1), l'aggravation de la responsabilité *in contrahendo* à une clause tacite du contrat ou plutôt à une convention tacite préalable à la convention principale.

Mais il laisse la faute à la base de la nullité, au moins en principe. C'est, il est vrai, un principe auquel il apporte immédiatement un tempérament qui pourrait bien le ruiner : il déclare que la faute, telle qu'il faut l'entendre, *subjecta materia*, ce n'est pas la faute concrète, le fait d'imprudence ou de négligence concrète, mais la *faute abstraite*. Cette expression a bien un sens précis dans la langue du droit. *La culpa in abstracto*, c'est, par opposition à la *culpa in concreto*, qui se mesure à la diligence qu'on apporte ordinairement à la gestion de ses propres affaires, la faute qui se mesure à la diligence d'un bon père de famille, celle que ne commettrait pas le type idéal de l'administrateur avisé.

Ce n'est certainement pas dans ce sens que Ihering emploie ici cette expression, Il nous serait difficile d'expliquer très nettement la pensée de Ihering, parce que sa pensée, sur ce point, manque justement de netteté. Mais nous croyons en donner une idée en somme assez exacte en disant qu'elle revient pratiquement à établir une présomption juris et de jure de faute. On constate un rapport de cause à effet entre un acte d'un individu et un préjudice subi par un autre individu. On présume que ce préjudice aurait pu être évité si l'auteur du fait avait agi avec plus de circonspection, ou qu'il a été imprudent d'agir, et on le déclare en faute.

Il y a dans cette notion de la faute abstraite, une intuition qui est juste et que nous retenons : c'est que, en principe, dans

(1) V. ci-dessus page 28.

notre matière, le rapport de cause à effet entre un certain acte et un préjudice fait présumer une faute. Pourquoi cela ? et comment ? et dans quelle mesure ? Nous l'examinerons plus loin.

Mais une *præsumptio juris tantum* suffirait. La faute abstraite de Ihering contient plus que ça, une véritable *præsumptio juris et de jure*. — Pourquoi cela ?

Il y a là, nous semble-t-il, un essai de conciliation de deux idées qui paraissent s'opposer. D'une part, Ihering comprend très bien que c'est la faute qui doit rester le fondement, en règle générale, de la responsabilité. D'autre part cependant, avec son sens pénétrant des nécessités pratiques, il sent, sans s'en rendre très distinctement compte, que ce principe est insuffisant, qu'il y a des cas où il n'y a pas faute et où il doit y avoir responsabilité. La notion de faute abstraite vient là pour tout concilier. Mais c'est une conciliation dans l'équivoque et dans l'arbitraire.

La responsabilité suppose nécessairement une faute, ou elle ne la suppose pas nécessairement. Si la responsabilité ne peut être fondée que sur une faute, si la stipulation n'a voulu garantir que l'absence de faute, il est injuste et arbitraire, lorsqu'il est prouvé que la partie qui a causé la nullité n'a commis absolument aucune faute, de la rendre responsable, et il est tout aussi injuste de lui interdire la preuve de son irresponsabilité.

Si la responsabilité n'implique pas nécessairement une faute, il faut le dire. On ne se heurte d'ailleurs à aucun obstacle juridique pour admettre une responsabilité en dehors de la faute, puisqu'on suppose une convention tacite de garantie. Il faut seulement préciser l'étendue de la garantie et préciser subsidiairement son contenu et son domaine d'application.

Il n'y a qu'à dire que chaque partie a promis non seulement une diligence extrême *in contrahendo*, mais qu'elle a même entendu répondre des cas fortuits. Il faut aller jusque-là et non pas s'abriter derrière une fiction et une équivoque.

Cette façon de considérer la clause de garantie comme contenant la volonté d'assumer les risques de cas fortuits a été adoptée par

des partisans de la théorie de Ihering, et c'est bien sous cette forme que M. Legros lui fait une place dans son système si largement eclectique. Ainsi, par exemple, en ce qui concerne l'erreur du mandataire, M. Legros veut, comme Ihering, rendre le mandant responsable, mais il n'explique pas cette solution par une présomption de faute *in eligendo*. Certes il pourra y avoir *culpa in eligendo*. Mais la *culpa in eligendo* doit s'apprécier *in concreto*. Et s'il n'y a pas *culpa*, le mandant n'en demeure pas moins responsable. C'est qu'il a répondu conventionnellement de la faute du mandataire (1). Il en est de même pour la vente des choses hors de commerce. Il pourra arriver que le vendeur soit absolument exempt de faute. Il devra néanmoins des dommages-intérêts, non par suite d'une présomption arbitraire de faute, mais parce qu'il sera censé avoir garanti tacitement la capacité de l'objet.

Forts de cette conception, les jurisconsultes ont même versé dans un excès contraire à celui de Ihering et refusé, trop facilement quelquefois, de voir une *culpa* là où il y a bien réellement faute.

11.— Avant de porter sur la théorie contractuelle un jugement d'ensemble, d'apprécier les avantages qu'elle offre, si elle en offre, et de faire le départ de ce qu'elle peut avoir de juste et de faux, disons un mot d'un inconvénient qu'elle comporte.

Lorsqu'on suppose que deux parties qui s'abouchent directement ou par intermédiaire, dans l'intention de conclure un contrat, prennent mutuellement l'engagement tacite de se prêter une

(1) La théorie de M. Legros sur ce point est un peu subtile. Il admet que c'est le mandataire qui contracte. C'est lui qui promet de s'abstenir de faute. Mais les effets du contrat se produisent dans la personne du mandant. Au fond c'est une nuance assez ténue. Comme le mandataire ne peut promettre que ce qu'il a reçu mandat de promettre, c'est au fond le mandant qui contracte, c'est lui le représenté qui doit être censé avoir donné au mandataire l'ordre de promettre la garantie contractuelle ou sinon cette promesse ne produira pas effet contre lui.

extrême diligence *in contrahendo*, on ne suppose rien que de vraisemblable, ou tout au moins d'admissible.

Le contrat principal pourra être inexistant, comme s'il y a eu désaccord sur l'identité de l'objet ou sur la nature de la convention. Dans toutes les hypothèses ou il y aura eu de part et d'autre volonté de contracter et concours de ces volontés, on peut parfaitement présumer, — doit-on le faire ? c'est une autre question, — une clause de garantie de la *culpa in contrahendo*.

Mais dans certains cas les volontés n'auront pas concouru dans le temps. Il en sera ainsi dans le cas de retrait de l'offre émis avant et reçu après la réception de la pollicitation par le destinataire. Si le pollicitant qui fait une offre de contrat, par correspondance, fait également une offre de garantie, il faut bien croire qu'en retirant sa pollicitation principale, il aura l'intention de retirer aussi son offre de garantie. Qui l'en empêchera, puisque cette offre de garantie, n'étant pas encore parvenue au destinataire, n'a pas été acceptée par lui et n'est pas devenue un contrat ?

Bien plus, il pourra y avoir, sous un contrat apparent, absence totale de volonté de contracter. C'est le cas de celui qui a fait, ou accepté, une offre par plaisanterie. Dira-t-on qu'il a pris l'engagement de s'abstenir de *culpa in contrahendo*, lui qui n'avait pas l'intention de contracter ? Il en est de même de certains abus de blanc seing. Je mets ma signature sur une lettre de change, pour montrer à un étudiant à qui je donne des répétitions le mécanisme pratique de la forme de cet effet de commerce ; celui-ci garde par devers lui la lettre et la négocie. Peut-il y avoir, de ma part, intention de garantir l'endosseur éventuel de la lettre ?

On pourrait citer d'autres exemples.

La théorie contractuelle ne peut, on le voit, s'appliquer aux espèces de ce genre. Force est donc de revenir, en ce qui les concerne, à la théorie délictuelle, là où elle est admissible, ou d'adopter une théorie légale plus large, ou de chercher, dans une analyse plus approfondie de l'engagement volontaire, quelque principe nouveau de décision.

12. Théorie de l'engagement par volonté unilatérale. —

C'est dans ce dernier sens que les adversaires de la théorie délictuelle ont cherché. Ils se sont référés à une doctrine qui a été soutenue, en Autriche, par M. Siégel (1) et qui a trouvé des partisans distingués en France : la doctrine de l'engagement par volonté unilatérale.

D'après M. Siegel, le contrat, c'est-à-dire le concours de volontés sur une obligation à créer, n'est pas la seule source des engagements volontaires. L'obligation volontaire peut naître aussi par le simple effet d'une volonté unilatérale ; celui qui fait une promesse ferme et sérieuse, entend s'obliger et se considère dès lors, comme lié par sa parole. Pourquoi la loi n'accorderait-elle pas force obligatoire à cette promesse, se conformant ainsi à la volonté même de la personne qui la fait, comme elle accorde force objective aux obligations résultant de deux volontés ? Elle doit le faire : celui qui promet entend se lier, la loi doit se mettre au service de cette volonté. Si donc un individu, soit la personne en faveur de qui l'on a entendu s'obliger s'il s'agit d'une obligation à un créancier déterminé, soit un tiers quelconque s'il s'agit d'une offre à titulaire indéterminé, si donc l'individu à qui doit profiter l'engagement manifeste l'intention d'en bénéficier, il en acquerra *ipso facto* le droit. Le promettant ne pourra pas prétendre qu'il a changé de volonté dans le laps de temps qui s'est écoulé entre les deux actes.

Cette théorie, en la supposant juste, — telle qu'elle est présentée par ses partisans, elle est certainement inexacte (2), —

(1) Siegel. Das Versprechen als Verpflichtungsgrund.

(2) La théorie de l'engagement par volonté unilatérale renferme, à notre avis, une équivoque qu'il faut dénoncer. Elle tendrait à faire croire que la volonté toute nue, considérée, indépendamment des faits qu'elle peut déjà avoir produits, peut, par sa seule force, former un engagement obligatoire. Rien n'est plus faux. Toute obligation implique une créance correspondante. Car ce n'est pas être obligé que de ne pouvoir être contraint. Obligation, créance, sont plus encore que deux choses indissolublement unies : ce sont les deux faces d'une seule et même chose. On ne peut s'y tromper. Il y a bien des créances dont les titulaires sont indéterminés. Mais il ne faut pas croire

pourrait, appliquée à notre matière, conduire à quelques bonnes solutions : si on admet que deux personnes qui s'abouchent en vue de former ensemble un contrat prennent tacitement l'engagement

que ces créances n'ont pas de titulaires. Ce serait une grosse erreur. Les créances à titulaires indéterminés ont ceci de particulier qu'elles peuvent appartenir *virtuellement* à des personnes à qui elles n'appartiendront jamais *actuellement*. Mais, parmi les créanciers *virtuels*, il en est un qui sera un jour créancier *actuel*. Peut-on dire qu'elle n'a pas de titulaire, cette créance, qui en a justement plusieurs, et la généralité des créanciers *virtuels* n'a-t-elle pas un droit aussi plein qu'un créancier *actuel*? Oui, certes, puisque, parmi eux, se trouve sûrement le créancier *actuel* futur.

Toute obligation implique donc une créance. Or toute créance implique ou une acceptation ou une attribution par le droit objectif.

Ecartons l'attribution par droit objectif, car alors il y aura obligation légale et non pas engagement par volonté unilatérale ; il reste que pour former une obligation, il faut deux volontés.

On ne saurait donc concevoir que la volonté puisse s'enchaîner, se limiter elle-même. Qui dit limite, suppose forcément deux objets : une chose limitante et une chose limitée. Pour enchaîner, pour limiter extérieurement une volonté, il faut quelque chose d'extérieur à cette volonté : une autre volonté ou la loi. C'est-à-dire que l'obligation que je veux contracter ne deviendra juridiquement obligatoire que si une autre volonté, ou si la loi en prennent acte.

Le système de l'engagement, purement par volonté, unilatéral logiquement contradictoire, est juridiquement absurde. C'est une règle de droit incontestée qu'une obligation contractuelle formée par un concours de volontés peut être anéantie par le concours des mêmes volontés. C'est ce qu'on appelle l'extinction de l'obligation par mutuel dissentiment. Si donc nous appliquons cette règle à l'engagement par volonté unilatérale, il vient que la volonté qui a voulu s'enchaîner elle-même reste libre de se délier. Un lien qu'on peut dénouer comme on veut n'est pas un lien, une obligation dont l'on n'est tenu que si l'on veut, n'est pas une obligation. Dira-t-on que l'obligation par volonté unilatérale fait exception à la règle ? Que là le pouvoir de lier n'implique pas celui de délier ? L'obligation par volonté unilatérale serait alors plus résistante que l'obligation contractuelle. Ces résultats sont-ils admissibles ?

Dira-t-on que l'obligation par volonté unilatérale ne deviendra parfaite que du jour où elle sera acceptée par quelqu'un qui s'en portera créancier ? Mais il ne faut pas parler alors d'engagement par volonté unilatérale. Il faut dire que l'engagement par concours de deux volontés peut se former encore bien que les deux volontés n'aient pas concouru dans le temps. Un tel résultat est admissible au point de vue logique. Mais, dans la pratique juridique, ce n'est que dans des cas exceptionnels qu'il sera avantageux et il présentera le plus souvent de sérieux inconvénients. Aussi ne peut-on l'ac-

d'apporter la plus grande diligence à ne se causer réciproquement aucun préjudice *in contrahendo*, on peut admettre également que cet engagement de garantie soit voulu par l'un des contractants d'une manière unilatérale. Et si la volonté unilatérale crée l'obligation, l'obligation de garantie existera en dehors des hypothèses où deux parties se sont abouchées avec, toutes deux, intention de contracter. On a fait application de ces idées au cas du retrait d'une offre ou d'une promesse publique (V. Legros, pages 221 à 229). Mais cette théorie n'est pas encore assez large pour embrasser toutes les hypothèses qu'on peut embrasser du point de vue contractuel : elle ne saurait, en effet, s'appliquer au cas de défaut absolu de volonté de contracter. Une offre ou une acceptation par plaisanterie, un abus de signature ne sauraient contenir un engagement même unilatéral de prêter une grande

cepter comme droit commun. Puisqu'on ne peut l'accepter comme droit commun, il faudra un texte de loi ou des exigences pratiques ou impérieuses ! Les cas où ces textes de loi sont désirables sont peu nombreux.

C'est que, pratiquement, l'engagement par volonté unilatérale aurait plus d'inconvénients que d'avantages. Les juristes partisans de la théorie l'ont eux-mêmes compris. « Les engagements issus d'une volonté unique ont leur cause, non pas dans un engagement réciproque pris envers celui qui l'oblige, mais dans la conscience chez ce dernier des effets qu'ils vont produire dans son patrimoine ; c'est précisément ce caractère qui s'oppose, en bonne législation, à ce qu'on les considère comme valables ; en effet, l'attention de celui qui s'y soumet n'étant pas mise en éveil par le consentement d'une partie adverse, sa volonté ne possède pas le degré de certitude suffisant, qui est la caractéristique de l'obligation ; et il serait difficile de savoir si on est en présence d'un engagement ferme ou d'une promesse en l'air. L'exigence d'un acte contractuel, pour donner naissance à un lien obligatoire, loin d'être une restriction arbitraire à l'émancipation de la volonté humaine, est un frein qui la préserve des engagements passagers et réfléchis. » — On ne saurait mieux dire. L'engagement soi-disant par volonté unilatérale ne saurait être admis en droit commun : on ne peut l'admettre que dans des cas exceptionnels. Quels seront ces cas ? Ce seront ceux où l'engagement aura produit certains faits qui viendront modifier la situation. Par exemple, dans la gestion d'affaires, ce sera le fait d'avoir commencé la gestion et non celui d'avoir voulu se porter gérant d'affaires, qui rendra le gérant responsable de la gestion. L'obligation ne naîtra donc plus ici de la volonté, mais des faits. Ce n'est donc pas dans la volonté des parties, mais dans le droit objectif, qu'elle prendra sa source.

diligence. On a essayé cependant de démontrer le contraire : « Une offre de contracter, a-t-on dit, a été adressée par plaisanterie, à une personne qui l'a prise au sérieux ; un individu, par un abus de blanc-seing, s'est constitué un titre de créance qu'il a cédé à un tiers porteur de bonne foi... (1). Dans tous ces cas l'intention de conclure le contrat qui n'a été formé qu'en apparence fait défaut chez l'un des contractants ; en réalité il n'a pas été formé, parce qu'il lui manquera la condition essentielle de son existence, le consentement des parties ; il ne produira donc aucun effet quel qu'il soit, en particulier il ne donnera naissance à aucune action en responsabilité. Mais l'action en indemnité appartient néanmoins au contractant, parce que l'autre personne, en voulant plaisanter mal à propos, en donnant un blanc-seing, a commis une imprudence et a manqué de la sorte à l'engagement de s'abstenir de faute dans les agissements préparatoires à un contrat auquel il avait paru donner son adhésion, cet engagement résulte implicitement du fait de s'être prêté en apparence à la formation du contrat. » (2)

Un contrat auquel on a *paru* donner son adhésion n'est pas un contrat. Le mauvais plaisant, ou la personne de la signature de laquelle on a abusé, n'ont pas commis *une faute dans les agissements préparatoires d'un contrat*. Leur faute est purement extra-contractuelle. On ne peut donc écrire que l'engagement de s'abstenir de faute dans les agissements préparatoires à un contrat, « résulte implicitement du fait de s'être prêté en apparence à la conclusion du contrat ». Il faut s'exprimer autrement, et dire que le fait de simuler l'intention de contracter par plaisanterie implique l'intention, l'engagement d'assurer la personne avec qui l'on plaisante des risques de la plaisanterie. Qui oserait soutenir cela ? Certes celui qui plaisante mal à propos doit supporter les risques de sa facétie. Mais peut-on dire sérieusement

(1) Nous retranchons dans ce texte quelques mots qui visent une hypothèse pour laquelle le raisonnement pourrait être vrai.

(2) Legros, op. cit., p. 212.

que c'est parce qu'il l'a voulu et *rien que pour cela* ? N'est il pas manifeste que, eût-il voulu le contraire, il ne serait pas moins responsable ? N'est-il pas évident en outre que présumer pareille intention, c'est faire une présomption exactement contraire à l'intention véritable du mauvais plaisant ? Ce n'est donc pas d'une promesse tacite de garantie que provient son obligation. C'est de l'équité et de la justice. En résumé, la doctrine de l'engagement par volonté unilatérale pourrait, si on en acceptait le principe, combinée avec la théorie de la garantie contractuelle de Ihering, compléter dans une certaine mesure la théorie purement contractuelle. Elle ne suffirait pas toutefois à solutionner toutes les difficultés.

IV

13. — De quelque côté qu'on se retourne, et si habilement qu'on s'y prenne, on ne peut rattacher, dans tous les cas, la responsabilité pour contrat nul ou manqué à une obligation volontaire. Mais il ne suit pas de là que, même si la théorie contractuelle (1) a des avantages, il faille la rejeter tout entière et pour tous les cas. Si elle offre des avantages, nous voulons en profiter pour les hypothèses où elle peut s'appliquer. Mais ces avantages existent-ils ? et quels sont-ils ?

Ils consisteraient à obvier aux quatre inconvénients que l'on a signalés comme inhérents à la doctrine délictuelle.

Ces quatre inconvénients sont, on se le rappelle (v. ci-dessus n° 6), d'après les adversaires de la théorie classique : 1° de nécessiter une faute comme fondement de la responsabilité ; 2° de rejeter le fardeau de la preuve sur le demandeur d'indemnité ; 3° de rendre les incapables responsables de leur *culpa in contrahendo* ; 4° de rendre, dans les contrats conclus par mandataire, le mandataire responsable et le mandant irresponsable.

14. — Écartons tout d'abord le troisième grief. Nous avons déjà fait pressentir et nous allons démontrer qu'il n'est pas fondé. Rien de plus aisé en effet que de concilier le point de vue

(1) Dorénavant nous désignerons, brevitatatis causa, par l'expression de théorie contractuelle et celle de Ihering et celle des adeptes de Siégel et la combinaison des deux théories. Il n'y a pas en effet, dans tout ce que nous allons dire, d'intérêt à distinguer entre elles,

légal et même délictuel avec l'irresponsabilité de l'incapable en ce qui concerne sa *culpa in contrahendo* non dolosive.

Mais en admettant que cela fût impossible, la théorie contractuelle n'arrangerait rien. Dans cette théorie, l'engagement de diligence *in contrahendo* contracté tacitement par l'incapable serait nul, comme atteint du même vice que le contrat lui-même. Soit. La partie lésée ne pourrait agir en indemnité contre l'incapable par l'action *ex stipulatu*. Mais il pourrait toujours agir par l'action de l'article 1382. Le pacte de promesse de diligence que les partisans de la théorie contractuelle présument passé entre les parties contractantes a pour but, d'après eux-mêmes, d'étendre la responsabilité légale, non de la restreindre. Il laisse donc subsister l'article 1382 dans toute sa force. Il le rend simplement inutile. Certes il pourra envelopper entièrement cet article et le cacher ainsi à nos yeux. Mais l'article n'en subsistera pas moins. Que la stipulation de garantie vienne, pour une cause ou pour une autre, à être nulle, l'article 1382 reprendra son utilité et sa force. Je vous vends un de mes chevaux mort depuis trois ans. Il est incontestable que je commets là une faute. On ne vend pas sans imprudence un cheval dont on n'a pas de nouvelles depuis trois ans. Il peut se faire que cette imprudence ait été expressément prévue dans le contrat et ait fait l'objet d'une stipulation de garantie. Vous aurez, dans ce cas, contre moi une action contractuelle, une action *ex stipulatu*. Admettons que, dans le cas où on n'aurait pas fait cette stipulation expressément et réellement, on considère néanmoins cette stipulation comme tacitement faite. Mais dira-t-on qu'en l'absence d'un tel pacte je serais irresponsable, qu'il n'y aurait pas dans les principes de droit une règle pour me faire supporter les suites de mon imprudence ? Peut-on le soutenir ? Il en va de même pour les contrats passés par les incapables. Si le contrat conclu par eux et annulé est accompagné d'une convention accessoire relative aux risques de nullité, cette convention sera nulle, l'autre partie ne pourra l'invoquer pour intenter l'action en dommages-intérêts. Mais elle pourra invoquer les articles 1382 et 1383 du Code civil.

Ce n'est pas la convention accessoire anéantie qui l'en empêcherait.

Si la théorie délictuelle est impuissante à exonérer les incapables des suites de leur faute *in contrahendo*, la théorie contractuelle l'est donc également.

Mais si l'irresponsabilité de l'incapable quant à la culpa in contrahendo est désirable, il doit y avoir des raisons pour cela. Ces raisons se concilieront aussi bien avec la théorie délictuelle qu'avec la théorie contractuelle.

Au fond l'antagonisme apparent des deux théories et la difficulté tout entière viennent d'un abus de catégorisation. On divise les obligations en obligations *ex delicto* ou *quasi delicto* et en obligations contractuelles. Cette division n'est pas arbitraire. Elle est dans les faits. Il y a effectivement des obligations qui tirent leur force obligatoire de la volonté des parties ; il y en a d'autres qui naissent d'un fait et de la loi. Mais cette division faite, on perd de vue son point de départ, sa raison d'être. On observe que les délits offrent ordinairement tels et tels caractères, les contrats tels et tels autres. On rattache ces caractères à la catégorie contrat ou délit, comme l'effet à la cause, alors qu'il n'y a souvent entre eux que des rapports de coïncidence ; on les incorpore à ces conceptions, Et par là on fausse une division exacte en principe.

Renfermons-nous dans l'examen de notre question. Elle nous offre un exemple frappant de cet abus. On a reconnu qu'il était légitime et nécessaire de protéger certaines personnes contre le mauvais emploi qu'elles pourraient faire de la liberté de contracter : on a reconnu d'autre part que cette protection n'aurait pas grand inconvénient pour les tiers de bonne foi, car elle ne menacerait que ceux qui consentiraient à contracter avec ces personnes. La loi les a donc protégées. Elle les a rendues inaptes à contracter, incapables. On a reconnu que pareille protection étendue aux délits de ces mêmes personnes menaçait des tiers qui n'auraient pas le moyen de se préserver des préjudices qu'ils pourraient éprouver. On a déclaré l'incapable responsable de ses délits et de ses quasi-délits.

Maintenant que faut-il décider pour les fautes *in contrahendo* ? Doit-on les assimiler aux délits et aux quasi-délits ou aux contrats ? Pour résoudre cette question on se demande : « La *culpa in contrahendo* est-elle délictuelle ou contractuelle ? » Et on pense : « Si elle est contractuelle, c'est-à-dire si elle tire son origine de la volonté des parties, il faudra la traiter comme telle, c'est-à-dire édicter l'irresponsabilité. Si elle est délictuelle, c'est-à-dire si elle prend sa source dans le droit objectif, il faudra la traiter comme telle et décréter la responsabilité ». Solution absurde. Une question mal posée ne peut amener qu'une réponse confuse et erronée. Qu'importe la source légale ou volontaire de l'obligation ici ? Ou plutôt pourquoi importe-t-elle ? parce que le tiers auquel la nullité du contrat a porté préjudice pouvait se prémunir contre ce préjudice éventuel en ne contractant pas ; il ne pouvait se prémunir contre les suites d'un délit, acte auquel il n'a pris aucune part, qu'il a subi peut-être avec une passivité absolue ? Eh bien, à laquelle de ces situations se rattache la *culpa in contrahendo* ? C'est tout ce qu'il y a lieu de se demander. Elle se rattache certainement à la première. Celui qui contracte avec un incapable pouvait ne pas le faire : en contractant il a couru les risques de la protection que la loi accorde à l'incapable : qu'il les supporte.

La *culpa in contrahendo* n'en demeure pas moins une faute délictuelle, puisqu'elle prend sa source dans la loi. Mais c'est une faute délictuelle qui, sur ce point particulier, doit être traitée comme les contractuelles. Ceci prouve seulement que la règle que l'incapable est responsable de ses délits et de ses quasi-délits n'est pas absolue. Nous sommes dans un cas où il y a justement exception. L'incapable ne répond pas de ses délits *in contrahendo* (1).

Cette solution a été contestée par M. Deschamps, partisan de la théorie délictuelle. Pour cet auteur, — abstraction faite de l'obli-

(1) Il y a dans ce sens un arrêt de Cass. du 21 août 1848, confirmatif d'un arrêt de la Cour d'Agen. Sirey 48, 1, 545.

gation née du contrat et, pour ainsi dire, par lui-même, — dès qu'un acte constitue une faute, l'incapable en répond au même titre qu'une personne capable sans qu'on ait à s'occuper de savoir si cette faute a été commise à l'occasion d'un contrat. Par exemple, un incapable brise un objet qu'on lui a confié en dépôt ; il doit le payer. En effet, le bris d'un objet par imprudence constitue une faute. Ce n'est pas le fait d'avoir anéanti un objet dont on était débiteur qui constitue ici la faute, — car alors cet acte ne pourrait être fautif qu'en tant qu'infraction à l'obligation de conserver et de rendre, et comme cette obligation n'existe pas pour l'incapable il ne constituerait, somme toute, à ce point de vue, pas une faute. La faute consiste ici dans le fait d'avoir brisé la chose d'autrui.

M. Deschamps a raisonné comme ses adversaires : du caractère légal de la responsabilité dans la formation des contrats, il a conclu à la responsabilité des incapables. Il a oublié de rechercher exactement les raisons et l'étendue de la protection que la loi accorde à l'incapable. S'il l'avait fait, il aurait compris que, pour la protection de l'incapable, la loi ne s'arrête que lorsqu'elle ne peut plus continuer à sauvegarder l'intérêt de l'incapable qu'en sacrifiant injustement l'intérêt des tiers. Il aurait compris que, tant qu'il s'agit de rapports relatifs à un contrat, la loi peut intervenir pour protéger l'incapable, puisqu'elle le protège contre une personne avertie. La loi ne veut pas que l'on fasse des contrats avec des incapables : lorsqu'on enfreint sa défense, c'est tant pis. On sait à quoi l'on s'expose, on n'est pas à plaindre. On sait qu'elle défend de contracter avec un incapable ; on n'avait qu'à ne pas le faire.

Mais, objectera-t-on, ce raisonnement suppose connue de l'autre partie la condition juridique de l'incapable ; et celle-là ne peut-elle ignorer l'état civil de celui-ci ? Non, elle ne doit pas l'ignorer. Il faut s'enquérir de la capacité juridique des personnes avec qui l'on passe des conventions : agir autrement c'est négligence ; le droit ne se soucie pas de sauvegarder les intérêts des gens qui négligent eux-mêmes leurs affaires. Une interrogation adressée à la personne avec qui on veut contracter suffira généralement.

Si celle-ci est incapable et avoue son incapacité, l'autre partie sera fixée. Elle ne contractera pas ou si elle le fait, ce sera en pleine connaissance de cause.

Si l'incapable induit en erreur, sur sa capacité, l'autre partie, par suite d'une erreur qu'il commet lui-même, il commet un quasi-délit : le co-contractant pouvant légitimement ignorer qu'il contracte avec un incapable, il n'est pas douteux que sa situation ne soit plus digne d'intérêt que celle de l'incapable : il a donc droit à une indemnité. L'incapable est responsable. Mais il faut pour cela que l'erreur de l'incapable soit véritablement de nature à tromper un homme diligent. L'hypothèse est peu pratique.

Si le co-contractant de l'incapable a été trompé sciemment par celui-ci, il aura à fortiori droit à des dommages-intérêts pour intérêt négatif. C'est que l'incapable répond dans tous les cas de son dol (1). C'est une exigence élémentaire d'équité. On l'a quelquefois méconnue. On a prétendu que les incapables étaient irresponsables de leur dol, dans la formation et l'exécution des contrats. On l'a fait toutefois avec une certaine réserve, en tâchant de reprendre en détail ce qu'on livrait en bloc à la mauvaise foi des incapables (2). Ceux qui ont contesté que l'incapable fût responsable de son dol partaient de la théorie contractuelle, que nous n'invoquons pas, et que nous rejeterions absolument, si réellement elle conduisait à cette conséquence. Le résultat pratique de cette manière de voir était si excellent que tout l'effort de ses partisans consistait à échapper à ses conséquences.

Nous tenons donc pour certain que l'incapable répond de son dol dans la formation des contrats. Qu'on rattache cette règle à la maxime « *fraus omnia corrumpit* » ou à quelque autre fondement, il n'importe, il faut l'accepter. Pour nous elle découle tout naturellement des idées que nous venons d'exprimer. L'obstacle à la res-

(1) Le dol de l'incapable qui consiste à tromper sur sa capacité est un *dol spécial* dont nous recherchons plus loin les *conditions* et les *conséquences*. Pour le moment qu'il nous suffise d'établir que l'incapable est responsable.

(2) Sic. note de M. Labbé, dans Sirey 86. 1. 1.

ponsabilité des incapables, c'est la protection de la loi. Or la loi ne peut vouloir protéger la fraude. Donc l'incapable est responsable de son dol *in contrahendo* comme de tout autre dol. La cour d'Orléans s'est très nettement prononcée en ce sens dans une affaire qui fit quelque bruit (1). Une femme dotale, la duchesse de Beauffremont, avait acheté des bestiaux à une personne qui connaissait son régime matrimonial ; le prix devait être fixé par expert. Avant l'expertise, la femme revendit les bestiaux. L'expertise étant ainsi rendue impossible, la vente était nulle pour défaut de fixation du prix.

Le vendeur demanda des dommages-intérêts et prétendit en poursuivre le paiement sur les biens dotaux de la duchesse. Celle-ci objecta que la dot devait être soustraite à une poursuite qui n'était après tout que la conséquence d'un contrat qu'elle avait passé. La cour jugea avec raison que la protection dont la loi entoure la dot ne pouvait aller jusqu'à admettre l'impunité civile de l'abus de confiance.

Elle condamna la défenderesse à des dommages-intérêts et déclara que le paiement en pourrait être poursuivi sur les biens dotaux.

On le voit, en ce qui concerne les incapables, ce qui importe, c'est de les rendre responsable de leur *dol*, irresponsables de leur *faute*, et ce double résultat peut être obtenu aussi bien avec la théorie délictuelle qu'avec la contractuelle.

A ce point de vue donc, on le voit, un système vaut l'autre.

15. *Contrats passés par mandataire.* — En ce qui concerne les contrats conclus par mandataire, il faut distinguer : quant à l'irresponsabilité du mandataire, elle ne saurait être une conséquence qui découle directement du point de vue délictuel. Nous voulons bien que le mandataire ne promette pas de prendre à son compte la responsabilité de sa faute la plus légère ; mais, en l'absence de cette stipulation, il sera encore responsable en vertu

(1) Orléans, 13 mars 1884. Affaire Beauffremont.

de l'art, 1382. « Si l'on veut restreindre la responsabilité en deçà de la formule de l'art. 1382, il faut donc faire un pas de plus : c'est un pacte d'irresponsabilité qu'il faut supposer consenti par le tiers au mandataire. »

Mais cette clause d'irresponsabilité n'implique pas forcément que le fondement de la responsabilité soit contractuel. On peut restreindre tout aussi bien, par une clause contractuelle, la responsabilité légale que la responsabilité contractuelle, et pour parler un langage exact, il faudrait même dire que la responsabilité légale peut seule être restreinte.

Quant au mandant, il est vrai que, lorsqu'il n'a commis aucune faute, ni en choisissant son mandataire, ni en lui donnant ses ordres, la théorie délictuelle semble le laisser irresponsable. La théorie contractuelle, au contraire, le rend responsable parce que, dans ce système, la responsabilité ne repose pas forcément sur une faute. Mais alors, en dernière analyse, le vice de la théorie délictuelle, sur ce point, ce sera d'exiger une faute. Ce second grief qu'on fait au point de vue délictuel se confond avec le premier dont nous avons tout d'abord reconnu le bien fondé. L'avantage qu'offre ici la théorie contractuelle se confond avec cet autre avantage que nous avons signalé et admis de pouvoir faire résulter la responsabilité de certains faits non fautifs.

16. Charge de la preuve. — Enfin la théorie délictuelle mettrait *la preuve* à la charge du demandeur d'indemnité ; la théorie contractuelle, au contraire, mettrait l'onus probandi à la charge du défendeur.

En effet, dès qu'une obligation contractuelle a été fournie, elle doit être acquittée ; si un cas fortuit empêche le débiteur de la remplir, c'est à lui de démontrer l'existence du cas fortuit ; si elle a été acquittée, c'est encore à lui d'en faire la preuve. Dans les nullités de contrat, ce sera donc à celui qui a causé la nullité de prouver qu'il a apporté, dans la formation du contrat, la plus grande diligence puisqu'il a promis cette diligence, qu'il est *débiteur* de cette maxima diligentia.

S'il n'a rien promis, au contraire, alors, dit-on, il ne doit rien. Il n'est pas présumé débiteur. Ce sera à la personne qui a souffert de la nullité à prouver que l'autre partie a commis un délit ou un quasi-délit. Et ce quasi-délit, il faudra qu'il en établisse tous les éléments entre autres la faute. Le demandeur d'indemnité devra établir la négligence de l'autre partie.

La différence des deux systèmes sur ce point suppose admise une théorie que pour notre part nous repoussons (1), la théorie de

(1) Cette théorie a eu une grande faveur et elle est encore très répandue. M. Sainctelette lui a donné une forme systématique dans son traité *De la responsabilité ou de la garantie* (Bruxelles, Brunglant-Christophe; Paris, Chev.-Maresq, 1884). Pour cet auteur, la *responsabilité* pour délit ou quasi délit et la *garantie* d'inexécution de l'obligation conventionnelle sont *deux faits* qu'il ne faut pas confondre. « Un dommage peut être causé à une personne par une autre personne de deux façons : en contrevenant à la loi ou en n'exécutant pas le contrat, en enfreignant la volonté publique ou en manquant à la parole donnée. » Cette distinction, toutes les législations l'auraient faite et elle serait dans le Code civil : « Les règles qui concernent l'exécution de la loi sont inscrites au chapitre II *des délits et quasi-délits* (ch. II, liv. IV.) Les règles qui concernent l'exécution des contrats sont rangées au chapitre III *de l'effet des obligations conventionnelles* (ch. III, liv. III), et elles y forment une section spéciale, *des dommages-intérêts résultant de l'inexécution de l'obligation*. » (Sainct., *op. cit.* ch. I).

De la différence essentielle qui est à l'origine de la responsabilité et de la garantie résulteraient les différences principales suivantes : — A. *Clauses d'irresponsabilité*. Nulles en matière de responsabilité, les clauses limitatives seraient valables en matière de garantie. — B. Au point de vue *de ceux qui ont droit à l'action*. L'action en responsabilité appartiendrait à tous ceux au détriment de qui l'ordre public a été troublé. L'action en garantie ne pourrait être exercée que par le stipulant ou de son chef. — C. *Preuve*. S'agissant d'inexécution d'un contrat, la faute se présumerait. Le créancier n'aurait qu'à prouver le contrat d'où est née sa créance. Au débiteur, à prouver dans le cas de non exécution, le cas fortuit. La faute délictuelle ne se présumerait pas. Au demandeur à l'établir. Conséquence pratique : dans les cas incertains l'indemnité, refusée au demandeur qui allèguerait un quasi-délit lui serait allouée s'il se prévalait d'un contrat. — D. Tandis que la responsabilité *ex contractu* pourrait naître du simple fait non fautif, la responsabilité *ex delicto* supposerait nécessairement une faute. Cette théorie a été réfutée par M. Lefebvre (Revue critique, année 1886) et par M. Grandmoulin (Thèse Rennes) avec une richesse d'argumentation et, d'une manière générale, une justesse de raisonnement qui nous paraissent décisives. La responsabilité naît toujours de l'inexécution d'une obligation,

la dualité de la faute ou de la responsabilité. Mais en admettant même cette différence au point de vue théorique, il nous paraît incontestable qu'elle n'aurait ici aucune importance pratique.

la responsabilité légale comme la responsabilité contractuelle. Celui qui jetant des pierres par une fenêtre tue un passant est responsable — pour-quoi? parce qu'il a enfreint l'obligation légale de ne pas commettre d'imprudence dont il puisse résulter un mal pour autrui. Dès qu'une obligation existe, quelle que soit sa source, que ce soit la loi ou le contrat, le droit veut qu'elle soit exécutée. Si le débiteur ne l'exécute pas et que la loi ne puisse le contraindre, il y aura lieu à une allocation de dommages-intérêts. Une obligation en vaut une autre. *Elles ne peuvent différer entre elles que par leur contenu, non par leur source.* La source d'une obligation importe peu; c'est de son contenu qu'il faut s'occuper. Il n'y a donc pas *dans la forme de l'obligation* de différence essentielle, et de sa contractualité ou de sa délictualité on ne peut tirer de conséquences directes : A) ni au point de vue des clauses d'irresponsabilité, car toutes les oblig. légales ne sont pas d'ordre public et on peut restreindre contractuellement la respons. légale, B) ni au point de vue du droit à l'action : tout créancier d'une obligation a droit aux dom.-int. d'inexécution (mais tandis que l'obligation légale a ordinairement pour créancier la généralité des autres individus, l'oblig. contractuelle n'a ordinairement qu'un titulaire). C) *ni au point de vue de la preuve* : on n'aura jamais qu'à prouver deux choses : l'oblig., son inexécution. D) *ni au point de vue de la responsabilité du simple fait* : on est toujours responsable de ce qu'on *doit*, légalement ou contractuellement. Si on *doit prêter diligence*, on ne répond pas au-delà. Si on doit assumer en sus les risques et cas fortuits, on les assume de la même façon, quelle que soit la source de l'obligation qui charge des risques.

La différence qui peut exister entre les obligations ne tient donc qu'à leur contenu. Les obligations légales sont ordinairement des obligations *in non faciendo* ; elles sont contractées envers *tout le monde*, tout le monde est créancier. Au point de vue de la preuve, comme toutes les oblig. *in non faciendo*, l'action en respons. légale mettra ordinairement le fardeau de la preuve sur le demandeur qui ne sera pas quitte en prouvant l'oblig., mais qui devra prouver qu'elle a été *enfreinte*, tandis que lorsqu'il y a oblig. *in faciendo* ce sera l'oblig. établie au défendeur de prouver sa libération. Enfin il est vrai de dire que la responsabilité légale présuppose ordinairement une faute. La loi ne peut de droit commun nous demander qu'un engagement : celui de nous abstenir d'actes dolosifs ou imprudents. Mais tout cela ne prouve pas que dans certains cas nettement déterminés, la loi, et d'une manière plus générale, le droit, ne puisse nous imposer une respons. plus étendue. Nous démontrerons plus loin (chap. IV) qu'elle doit le faire. Dans ce cas, le fardeau de la preuve sera déplacé. En un mot, ce n'est jamais de la nature de l'oblig. que nous aurons à nous préoccuper : c'est seulement de son étendue.

Précisons bien la question ; si l'on admet dans le système contractuel, que la garantie s'étend au-delà de la simple faute et embrasse les cas fortuits, alors, incontestablement, la théorie contractuelle sera plus avantageuse que la délictuelle, qui exige une faute. Mais alors le grief que l'on fait, au point de vue de la preuve, à la théorie délictuelle, se confond encore, comme le précédent, avec celui que nous avons déjà signalé et admis : l'exigence d'une faute.

Si on restreint la garantie contractuelle à la faute, toute différence pratique au point de vue de la preuve disparaît. C'est qu'en effet la théorie délictuelle ne met pas, comme on le dit, la preuve de la faute à la charge du demandeur.

Quiconque introduit une demande en justice doit commencer par établir l'authenticité des faits qu'il allègue comme fondement du droit qu'il prétend. C'est au demandeur d'indemnité à prouver les faits dont il a souffert un préjudice. Cela est certain. Mais quels sont ici les éléments de la preuve. Que devra prouver le demandeur ? Il devra prouver qu'il y a entre lui et la personne qu'il assigne, une négociation en vue de la formation d'un contrat, que cette négociation a abouti à un contrat ou à quelque chose qui en avait au moins l'apparence, que la nullité ou l'inexistence du contrat a été reconnue ou prononcée à la demande de l'autre partie et enfin qu'il est résulté de ces faits pour lui demander un préjudice dont il devra établir le montant. Tout ceci devrait également le prouver, si on assignait à la responsabilité un fondement contractuel, celui qui invoque un contrat doit l'établir ; celui qui demande des dommages-intérêts, même contractuels, doit prouver le préjudice subi : toutes ces preuves seront d'ailleurs faciles à fournir. Elles résulteront généralement *ipso facto* soit de l'échec de l'action principale en paiement de l'intérêt d'exécution s'il s'agit d'une nullité présentée comme exception à la demande en paiement de l'obligation et d'une demande de dommages-intérêts négatifs introduite subsidiairement à la demande principale, — soit du jugement d'annulation s'il s'agit d'une demande de dommages-intérêts négatifs introduite principalement ou reconventionnellement.

Ce n'est pas tout, dit-on. Si on accepte la théorie délictuelle, la faute étant un élément essentiel du droit, le demandeur devra prouver qu'il y a eu faute de la part de l'autre partie, qu'il y a eu une imprudence ou une négligence qu'un homme soigneux n'aurait pas commise. Cette manière de voir repose, semble-t-il, sur une confusion : la reconnaissance de la faute comporte un double élément, un élément de fait : les circonstances de la nullité ; elles seront établies par les preuves dont nous parlions ci-dessus ; — un élément de droit : l'appréciation des faits ; l'appréciation des faits dépend du juge. En ce qui les concerne, les preuves faites à l'occasion de l'action en nullité établiront bien le rapport de causalité du préjudice au fait de l'autre partie, mais elles ne le révéleront pas forcément comme imprudent. Il sera en effet toujours possible d'expliquer autrement que par une faute la nullité. Mais nous disons que, dans la pratique, ces faits comporteront toujours une *présomption de fait* de faute. Il ne suffira pas en effet au défendeur d'alléguer qu'il est exempt de faute, qu'il a porté dans la conclusion du contrat toute la diligence voulue, pour forcer le demandeur à découvrir quelque fait précis d'imprudence. Par exemple il ne suffirait pas à celui qui a vendu un cheval déjà mort d'alléguer qu'il ignorait cette circonstance au moment où il a contracté. En fait, le juge présupposera généralement qu'il la connaissait, et il rendra son jugement en conséquence. C'est là une présomption de fait. Tout fait peut s'établir par témoins. Tout ce qui peut être établi par témoins peut l'être aussi par présomption de l'homme (art. 1353 Code civil). N'est-ce pas le cas ici de faire l'application de cette règle ?

Nous sommes après cela en droit de dire qu'au point de vue de la preuve la théorie délictuelle ne présente aucun inconvénient qui lui soit spécial, et que, à tout bien prendre, le reproche qu'on lui fait sur ce point n'est, comme nous l'avons déjà dit, que la répétition d'un reproche qu'on lui a déjà adressé : celui d'exiger une faute chez le demandeur.

17. Inconvénients de la théorie contractuelle. Arbitraire.

— Tout bien pesé, la théorie contractuelle n'offre donc qu'un avantage sérieux sur la théorie délictuelle classique : tandis que celle-ci subordonne le droit pour l'une des parties de réclamer une indemnité représentative du *negative interesse*, à une *faute* de l'autre partie, celle-là au contraire peut permettre cette réclamation même envers un co-contractant qui n'a pas commis de faute.

C'est certes là un résultat appréciable. Mais est-il absolument nécessaire pour l'atteindre d'avoir recours à la fiction d'une garantie contractuelle tacite, et cette fiction est-elle sans inconvénients ?

La fiction d'une garantie contractuelle tacite a des inconvénients dont il ne faut pas exagérer l'importance pratique, mais qui sont, à notre sens, très sérieux. Nous en avons signalé un premier (voy. ci-dessus, n° 11) : complétée même par la fiction d'une garantie par engagement de volonté unilatérale, cette théorie ne peut s'appliquer aux hypothèses où il n'y a pas eu intention véritable de contracter, par exemple au cas de plaisanterie. Force sera donc de revenir sur ce point à la théorie délictuelle et si la théorie délictuelle est elle-même insuffisante, — comme cela pourrait arriver pour certaines espèces, — de chercher sur un terrain purement légal, quelque autre fondement de responsabilité. Certes, comme nous l'avons déjà dit (n° 13, alinéa 1), cette insuffisance de la théorie contractuelle ne suffirait pas à nous la faire rejeter absolument, même pour les espèces où elle est admissible, si nous y trouvions quelque avantage, et pas d'inconvénient. Mais nous ferons observer, tout d'abord, qu'il y aurait un intérêt de clarté et de simplification à rattacher toute notre matière soit à une responsabilité purement légale, soit à une responsabilité volontaire.

Ce n'est pas tout. La fiction d'une garantie contractuelle offre un autre inconvénient qui, pour être purement théorique, n'en est pas moins grave à nos yeux. Il est rare, dans la science du droit,

qu'une erreur doctrinale n'amène pas tôt ou tard quelque conséquence pratique fâcheuse ; en admettant même que la plupart des jurisconsultes aient assez de bon sens pour s'arrêter devant ces conséquences, une conception générale fausse présentera toujours ce danger de faire naître, par une de ses conséquences lointaines, quelque controverse inutile, ou de compliquer quelque question par elle-même assez simple. C'est donc le devoir de tout jurisconsulte de rejeter les doctrines hasardeuses, même lorsqu'il n'en aperçoit pas immédiatement les inconvénients et qu'il y trouve quelque avantage. Il faut mettre en fait que toute solution réclamée par la pratique se justifie toujours par des raisons puisées dans la nature des faits, raisons autrement solides que les constructions d'une imagination doctrinaire. De tout ceci on a eu d'assez nombreux exemples dans les abus qu'on a vu faire de la théorie de l'autonomie de la volonté.

On a voulu à une certaine époque, après la rédaction du Code civil, tout expliquer par l'autonomie de la volonté. On ne proposait plus une règle d'équité et de justice que sous le couvert d'une acceptation tacite de cette règle par les parties, d'une véritable introduction dans le contenu du contrat d'une clause accessoire. On n'a pas tardé à apercevoir tous les inconvénients de ce système.

C'est cependant cette méthode qu'on nous propose de suivre en adoptant la théorie de la garantie contractuelle.

On a reconnu l'insuffisance des articles 1382 et suivants du Code civil à fonder, dans notre matière, le droit à l'indemnité, dans certains cas où il n'y a pas faute chez la partie qui a causé la nullité du contrat et où cependant il semble équitable d'accorder l'action. Que devait-on faire ? On devait analyser ces cas, rechercher pour quelles raisons, n'y ayant pas faute, il était néanmoins juste d'admettre l'action en indemnité, et, ces raisons trouvées, les exposer simplement et les proposer comme règles objectives de droit.

Les partisans de la théorie contractuelle ont procédé tout autrement : ils ont sous-entendu dans le contrat une clause tacite de garantie. Nous avons appelé cette construction une fiction, et c'est

bien, en effet, une fiction. Il est indiscutable, en effet, que la question du règlement des risques de nullité que comporte la formation d'un contrat ne se présentera ordinairement pas à l'esprit des contractants ; il leur serait donc difficile d'en faire l'objet d'une clause, même tacite, de garantie. C'est qu'en effet lorsqu'on forme une convention, on ne songe guère qu'elle pourrait être nulle. On croit la faire pleinement valable.

Nous ajoutons même que, si la question se posait à l'esprit des contractants, ils auraient recours à une stipulation expresse. C'est qu'en effet le règlement des risques de nullité est assez difficile et assez complexe pour que les parties, si elles y réfléchissent, ne se tiennent pas à une simple convention tacite.

Bien souvent même, si la question s'était posée, celui que l'on prétend avoir promis la garantie des cas fortuits, aurait expressément stipulé, au contraire, qu'il n'entendait répondre du préjudice qui pourrait résulter d'une nullité éventuelle qu'autant que cette nullité proviendrait de sa faute. C'est une intention toute contraire à celle qu'on lui prête que le promettant aurait peut-être manifestée.

Et enfin si les partisans de la théorie contractuelle veulent être conséquents avec eux-mêmes, ils doivent admettre que, lorsque le contractant aura manifesté — non pas seulement avec son co-contractant, mais même avec un tiers — l'intention de ne répondre que de sa faute, alors il ne sera pas tenu au delà. C'est là une hypothèse qui peut très bien se présenter dans la pratique. Elle peut se présenter sans qu'il y ait dol de la part du contractant qui manifeste cette intention ; le contractant ne commet pas forcément un dol, puisqu'il peut, non moins habile jurisconsulte que MM. Aubry et Rau, penser d'une part qu'il ne doit en bonne justice répondre que de sa faute, et d'autre part que son co-contractant ne compte pas sur une garantie plus étendue.

La théorie contractuelle, si on s'y tient, peut donc conduire à des conséquences absurdes ou erronées. Rejetons cette construction, superfétatoire et mal équilibrée d'une garantie contractuelle et mettons-nous en face du problème : peut-il y avoir en

dehors d'une faute une responsabilité légale ? Comment et quand cela se peut-il ?

Recherche, si l'on veut, délicate, mais que la théorie contractuelle ne nous aurait pas épargnée, puisque, enfin, cette garantie promise, il aurait fallu en préciser l'étendue ; il ne suffirait pas de dire : « On promet une extrême diligence, on répond même, dans certaines hypothèses, des cas fortuits. » A moins d'étendre cette solution à tous les cas fortuits, il faudrait préciser ces hypothèses et rechercher les caractères qui les distinguent de celles où l'on n'accorderait pas l'action.

18. *Peut-il y avoir responsabilité légale du simple fait ?*
Discussion des art. 1382 et 1383 du Code civil. Interprétation
de M. Saleilles. — Et tout d'abord, peut-il y avoir une responsabilité légale en dehors d'un délit ou d'un quasi-délit ?

La négative semble résulter à première vue des termes des articles 1382 et 1383 du Code civil qui règlent cette matière : « Tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage oblige celui par la *faute* duquel il est arrivé à le réparer. — Chacun est responsable du dommage qu'il a causé, non seulement par son fait, mais encore par sa *négligence* ou par son *imprudence*. » Il résulte bien de ces termes (arg. principalement des mots soulignés) que la *faute*, — un fait dolosif, ou d'imprudence ou de négligence, — est la condition nécessaire de la responsabilité édictée par ces textes.

M. Saleilles a bien essayé de donner des art. 1382 et 1383, — pour faire rentrer dans leurs termes une théorie de la responsabilité qu'il a imaginée et que nous discuterons bientôt (V. n° 19), — une interprétation beaucoup plus large (1). Pour lui, l'art. 1382 vise tous les faits qui sont la cause d'un dommage pour autrui. « Ce qui domine la formule de l'art. 1382, c'est l'idée qu'il n'y a plus à distinguer parmi les faits dommageables. Toute l'ancienne tradition avait épilogué sur les faits dont il pourrait être dû réparation ; désormais ce sera tout fait dommageable quelconque qui impliquera droit à une indemnité... On s'est emparé du mot « *faute* »... Or, remarquez

(1) Saleilles. *Les accidents du travail et la respons. civile*. Ch. VII.

que le texte ne dit pas « *Tout fait quelconque de l'homme résultant d'une faute de celui qui en est l'auteur oblige à réparation* ». Il débute par cette formule purement objective « *Tout fait dommageable oblige à réparation* ». Le mot *faute* n'apparaît que lorsqu'il s'agit de désigner celui qui devra l'indemnité. » Quant à l'art. 1383, il viserait une autre hypothèse ; il viserait le fait qui, sans être la cause directe et immédiate d'un préjudice, en est cependant la cause indirecte (1). Pour ce fait là, la responsabilité n'en découle pas forcément : elle n'y est attachée que si le fait est un fait d'imprudence ou de négligence. Cette explication est ingénieuse, et elle ne manque même pas, en ce qui concerne l'art. 1383, d'une part de vérité. Mais elle est fautive en ce qui concerne l'art. 1382. Elle sépare dans le texte de cet article ce qui ne doit pas être séparé : elle fait trop bon marché du mot *faute*. Si le législateur avait voulu seulement exprimer la relation du fait à l'agent, il aurait écrit : « oblige celui qui en est l'auteur. » On aurait ainsi supprimé le mot *faute*. Si le législateur s'est servi ici du mot *faute*, c'est qu'il pensait bien ne devoir fonder la responsabilité, au moins d'une manière générale, que sur une *faute*. Et c'est peut-être parce qu'il n'a même pas songé à la responsabilité du simple fait qu'il n'a pas pensé à mettre le mot *faute* plus en évidence dans la formule de l'art. 1382 (2).

Nous tenons donc, quant à nous, que la jurisprudence et la majorité des auteurs sont dans le vrai, lorsqu'ils font de l'existence d'une faute légalement imputable la condition *sine qua non* de la

(1) V. les exemples dans Saleilles, *op. cit.* n° 32.

(2) Toute l'explication de M. Saleilles est dominée par ces deux postulats : que la responsabilité du simple fait est une nécessité pratique, que les art. 1382 et 1383 doivent viser des hypothèses différentes. En ce qui concerne la nécessité pratique de la responsabilité du simple fait, nous expliquons, dans le cours même de notre étude, notre sentiment. Pour ce qui est du second postulat, nous sommes assez disposé quant à nous à adopter une opinion contraire. Pour nous, l'art. 1383 explique l'art. 1382 bien plus qu'il ne le complète. Il est vrai que, dans ces conditions, il eût été plus correct de ne pas séparer les deux textes, d'en faire un article unique. Mais est-ce le seul endroit où la division des articles du Code civil soit défectueuse ?

responsabilité prévue par les art. 1382 et 1383 (Sic Cass. ch. cr., 19 déc. 1817. D. J. G. Respons. 92, 2^o et 110, 1^o. — Bruxelles, 7 nov 1818, ibid. 92, 4^o. — Cass., 19 juillet 1870. D., p. 70, 1, 307, etc.) et du caractère illicite de l'action ou de l'omission sur laquelle on prétend fonder la responsabilité, un élément constitutif de la faute (Dalloz, p. 70. 1. 177).

Aussi bien, au moment où le Code civil a été écrit, cette solution était la seule possible. Nous admettons, nous l'avons déjà dit, qu'il peut y avoir une responsabilité du simple fait. Mais ce n'est pas là une règle générale, applicable à tous les faits et à toutes leurs conséquences. M. Saleilles lui-même fait des distinctions, puisqu'il n'admet, nous le verrons, la responsabilité extra-quasi délictuelle que pour les faits causes directes de dommage.

Quels sont les faits qui ont montré l'insuffisance de la formule des art. 1382, 1383 ? Les *accidents du travail* et les *nullités de contrat*. Pour les accidents du travail, la responsabilité du simple fait n'est devenue une nécessité pressante que du jour où le machinisme, devenant le ressort essentiel de toute activité industrielle, a rendu ces accidents plus fréquents, plus graves et plus difficiles à éviter ; pour les nullités de contrat, c'est surtout dans des cas d'erreur télégraphique, ou dans des espèces qui n'ont pu se produire que grâce au développement du crédit et du commerce, que les formules des art. 1382 et 1383 se sont trouvées insuffisantes. On peut dire que la formule des art. 1382 et 1383 résolvait très suffisamment les questions qui se posaient au législateur du Code civil. Comme d'autre part, ainsi que nous comptons le montrer, la responsabilité du simple fait ne peut s'édicter d'une manière générale, le législateur du Code civil ne pouvait songer à édicter la responsabilité du simple fait.

Il ne pouvait non plus songer à la prohiber dans des espèces qu'il ne prévoyait pas. Il s'est donc contenté d'édicter la responsabilité délictuelle et quasi délictuelle, sans aller au delà. Il nous a laissé les mains libres. On pourrait il est vrai, tirant des art. 1382 et 1383, un argument à contrario, dire que le Code civil entend seulement établir la responsabilité pour le délit et le quasi délit, et la

limiter à ces cas : là où il n'y aurait pas faute, le Code civil prohiberait la responsabilité.

Mais on sait quel cas il faut faire des arguments à contrario ; en logique formelle, aussi bien qu'en logique juridique, il n'y en a pas de plus incertains. Les jurisconsultes les plus amoureux des pures constructions géométriques, et ceux-là même qui veulent trouver dans le Code civil réponse à toutes les questions si complexes que soulève journellement la pratique, n'en usent qu'avec une extrême circonspection. Quel cas pouvons-nous en faire, nous qui sommes profondément convaincus que le Code civil n'est pas un *compendium* de tout droit, une haute et complète généralisation de toutes les règles de la science juridique, qui ne pensons pas qu'il puisse contenir, même virtuellement, les éléments de toutes les solutions, les principes à appliquer à toutes les espèces ; nous qui pensons au contraire qu'il n'est qu'une sorte de répertoire, un recueil de solutions concrètes, qui n'ont de valeur et d'autorité législative que pour les cas en vue desquels elles ont été édictées (1) ?

Les articles 1382-1383 formulent cette règle que chacun de nous répond de sa faute préjudiciable à autrui. Ils n'ajoutent pas « et de sa faute seulement ». Leur texte ne serait pas incompatible avec un autre qui édicterait la responsabilité du simple fait, ou de certains faits non fautifs. Voilà ce que nous enseigne la logique formelle. Nous avons montré que, de cet autre texte, le législateur du Code civil ne pouvait sentir la nécessité. Nous avons expliqué pourquoi : sa nécessité est un fruit de l'industrialisme et du commercialisme croissants. Les règles de droit ne se forgent pas à *priori* dans la cervelle des jurisconsultes. Elles ne précèdent pas les faits auxquels elles s'appliquent ; elles les suivent chronologiquement, comme logiquement elles en découlent. Le législateur du Code civil n'a donc pu statuer sur cette question précise : *peut-il y avoir en dehors de la faute, du contrat et du quasi-*

(1) Sur toutes ces questions de méthode, V. Geny., *Méthodes d'interprétation et sources du droit privé positif*. Paris, Chev.-Mar. éd., 1900.

contrat, des faits productifs d'obligations ? — Il n'a pas statué en effet. Nous pourrions peut-être même ajouter en remontant à l'ancien droit que cette façon de considérer la faute comme un élément essentiel de la responsabilité n'est pas tant une doctrine des auteurs dans notre ancien droit qu'une doctrine qu'on leur attribue. Nous trouvons en effet dans Pothier au moins un exemple de responsabilité sans faute ; c'est au cas de rétractation de l'offre. Pothier admet l'obligation de réparer le préjudice causé par une révocation intempestive et le fonde sur l'équité (Voir plus haut). Mais nous ne voulons pas insister sur ces questions historiques. En admettant même que la doctrine que les uns représentent comme classique, soit bien celle de nos anciens jurisconsultes, nous n'en aurions pas moins les mains libres pour rechercher dans les nécessités de la pratique actuelle, et d'une manière pour ainsi dire scientifique, la réponse à cette question.

19. *Dans quel cas doit-on admettre la responsabilité du simple fait ? Exposition et discussion de la théorie de M. Saleilles.* — Cette réponse, nous l'avons déjà faite plusieurs fois au cours de notre travail. Nous nous sommes trouvé en présence de plus d'une espèce de nullité de contrat où nous avons constaté, d'une part, qu'aucun des contractants putatifs n'avait commis de *culpa in contrahendo*, que la nullité portait préjudice à l'un d'eux, et, d'autre part, qu'il était nécessaire de faire supporter le préjudice par celui qui précisément ne l'avait pas subi.

Faut-il, alors, dire que tout fait de l'homme qui cause préjudice à autrui oblige à réparation ? C'est l'opinion de M. Saleilles. Pour lui, dès qu'il s'agit de risques à courir, c'est celui qui agit qui doit les courir. « Agir, dit-il, c'est courir des risques, la vie n'est faite que de cela ; il s'agit de savoir comment les répartir entre ceux qui les subissent... Ce n'est pas le fait d'exister qui comporte des risques, c'est le fait d'agir. » C'est-à-dire que le dommage patrimonial ne doit pas retomber sur le propriétaire qui l'a subi, mais sur l'auteur du fait qui l'a causé. « L'existence considérée à l'état passif subit les coups, mais considérée à l'état actif,

elle les donne. Qui donc osera soutenir qu'entre celui qui les porte et celui qui les reçoit, la responsabilité de la perte et la charge définitive du dommage *doivent* être pour le second et non pour le premier ? Qu'on remarque qu'entre les deux il y en a un qui pouvait quelque chose pour empêcher le dommage, et un autre qui n'y pouvait rien ; il faut convenir qu'entre les deux, la justice veut que le risque soit pour celui qui a agi, étant libre de ne pas agir. » (1)

Nous hésitons à accepter *a priori* une théorie aussi large : il faudrait la juger sur ses conséquences. Nous ne la repoussons pas d'une manière absolue ; mais nous voudrions étayer les principes de notre matière sur une base, plus spéciale peut-être, à coup sûr plus résistante. D'ailleurs la portée de cette théorie se trouve singulièrement affaiblie par une restriction que M. Saleilles est obligé d'y introduire : le simple fait n'oblige à la réparation du préjudice qui en résulte que lorsqu'il est la cause immédiate et directe du dommage ; lorsqu'il n'en est que la cause médiate ou seconde, pour qu'il oblige à la réparation, il faut qu'il constitue une négligence ou une imprudence. Par exemple, on a déposé un flacon contenant du poison sur une étagère. Une personne de la maison, un domestique, par exemple, avise le flacon, croit y trouver une boisson, l'avale et meurt. Ici, la cause immédiate de la mort, c'est le fait d'avoir pris le flacon et d'en avoir absorbé le contenu sans l'examiner : c'est le fait de la victime elle-même. Cependant la position du flacon sur l'étagère est aussi cause de l'accident : car, sans elle, la méprise n'aurait pas eu lieu, l'accident ne serait pas survenu. Mais ce n'est qu'une cause seconde : elle ne rend l'auteur responsable que si son acte était imprudent, si, par exemple, l'étagère servait à poser des flacons de boisson. Dans le cas contraire, celui qui a mis le flacon sur l'étagère est irresponsable.

Pourquoi distinguer entre le fait cause immédiate et le fait cause médiate de l'accident ? Agir, c'est courir des risques... — Il y a

(1) Saleilles, *op. cit.*, VIII, *passim*.

une raison pratique que M. Saleilles a très bien vue. C'est que l'on doit prévoir les conséquences immédiates d'un acte que l'on fait ; on est excusable de n'en pas prévoir toutes les conséquences plus éloignées. — Mais à ce point de la théorie sommes-nous bien loin pratiquement de la responsabilité fondée sur l'idée de faute ?

Nous ajoutons que, à l'aide d'exemples savamment choisis, il n'est pas très malaisé de préciser les concepts de faute médiate et de faute immédiate ; mais, dans la complexité des espèces concrètes, il sera peut-être plus difficile d'apprécier si un fait donné est cause directe ou seconde d'un préjudice.

Dans notre matière d'ailleurs, la théorie de M. Saleilles, telle quelle, ne mènerait pas à grand chose.

Nous croyons même qu'elle ne résoudrait rien. Le préjudice résultant d'une nullité de contrat suppose presque essentiellement le fait de celui qui le subit. Celui-là agit qui m'expédie les cigares qu'il croit que je lui ai commandés, celui-là agit qui refuse de vendre à un autre ses chandeliers qu'il croit m'avoir déjà valablement vendus. La nullité du contrat sera rarement le résultat du fait exclusif de l'autre partie ; par exemple, dans le cas d'erreur télégraphique, le destinataire a accepté d'exécuter le contrat télégraphique. C'est un acte cela. Quelle sera ici la cause directe du dommage ? L'expédition de la dépêche par le destinataire ? Ou l'exécution de l'ordre contenu dans la dépêche tel qu'elle a été transmise ? Les deux peuvent se soutenir. La théorie de M. Saleilles déplacerait la question sans la résoudre.

Au lieu d'une recherche à priori, reportons-nous aux faits, qui nous ont paru nécessiter l'admission d'une responsabilité extra-quasi-délictuelle, et tâchons d'y trouver les raisons *internes* (les raisons du dedans) des solutions qu'ils semblent réclamer eux-mêmes.

20. *Raisons objectives. Les risques d'un contrat et ceux de la formation d'un contrat sont pour celui qui en a les avantages.* — Et puisque nous venons d'examiner la théorie de

M. Saleilles, voyons pourquoi il l'a imaginée. C'est à propos des accidents du travail. Elle n'a pas d'autre but que de rendre l'employeur, le patron, responsable des accidents survenus, même par cas fortuit, à l'employé, à l'ouvrier, à l'occasion de son travail. C'est là une solution qui s'impose et qu'une loi récente vient de consacrer.

Il est juste que celui qui se blesse ou s'estropie en travaillant pour le compte et au profit d'une autre personne soit indemnisé par celle-ci. Cependant, si l'ouvrier a accepté le travail, ce n'est pas dans l'intérêt du patron, c'est en vue du salaire qui lui a été promis. Pourquoi donc mettre dans ce cas, à la charge du patron, les cas fortuits ? Il y en a une excellente raison. Comment justifie-t-on en économie politique le taux quelquefois exorbitant des profits de l'entrepreneur ? Par cette considération que, seul, il supporte les risques de l'entreprise. Si elle est mauvaise, il en pâtit seul, il en supportera tout le préjudice. L'ouvrier n'y perdra rien, puisque son travail lui sera payé comme s'il avait été productif. Il est légitime, dit-on, que, en conséquence, si l'affaire est bonne, l'entrepreneur en ait seul le bénéfice. Raisonnement un peu trop absolu peut-être, mais juste, tout au moins dans son ensemble (et qu'en tous cas il faut accepter en faveur de l'ouvrier, si on l'invoque contre lui).

Certes, l'ouvrier sera par là privé d'une part de ce qu'il a créé de richesse. Mais, en échange de cette privation éventuelle, il sera assuré, par le contrat de salaire, de ne jamais perdre à l'entreprise. Pour lui, l'affaire n'offre pas d'alea : bonne ou mauvaise, productive ou non, son travail lui sera toujours payé.

Pour que ce raisonnement soit juste, pour que le patron puisse, parce qu'il court les risques, prendre tous les bénéfices, ne faut-il pas qu'il courre *réellement tous les risques*, ne faut-il pas que l'ouvrier soit exempt de *tout risque* ? Et le risque d'accidents à la personne n'est-il pas le premier et le plus considérable des risques ?

Si donc c'est, dans le contrat de travail, au patron à supporter les risques d'accidents à la personne de ses ouvriers. Cela tient à ce que ces risques sont une conséquence du contrat de travail, contrat

dont il a tous les profits, dont il doit supporter par conséquent toutes les charges.

M. Saleilles en réalité l'a clairement pressenti lorsqu'il a ajouté après l'exposé de sa théorie de la responsabilité du simple fait : « Tout fait d'activité poursuit un but intéressé, le plus souvent ce sera un intérêt économique ; celui qui l'a voulu cherchait son avantage. Il doit accepter par conséquent à côté des bonnes chances, les mauvaises ! *Celui qui a les profits doit avoir les pertes.* » (1)

C'est cette idée que nous retrouvons, au fond, quoique très voilée, même dans la théorie de Ihering. Ihering a mis en lumière deux principes qui, s'il les avait creusés un peu plus, auraient éclairé toute notre matière d'un jour nouveau et auraient donné une base définitive à toute la théorie des dommages-intérêts pour nullité de contrat.

Ihering a, en effet, très bien dégagé, dans un paragraphe que nous avons reproduit plus haut (V. n° 9), le lien qu'il y a entre la formation des contrats et la responsabilité extra-quasi-délictuelle, la responsabilité du simple fait. Le contractant passe, disait-il, du domaine de la *culpa in faciendo*, c'est-à-dire d'une diligence toute négative, dans celui de la *culpa in non-faciendo*, c'est-à-dire d'une diligence positive. Nous disons : il passe du domaine de la responsabilité délictuelle et quasi-délictuelle à celui d'une responsabilité plus étendue, qui peut aller jusqu'à la garantie du simple fait. Pourquoi la formation des contrats comporte-t-elle cette aggravation de responsabilité ? Cela, Ihering n'a pas su le dégager nettement ; lui, d'ordinaire si soucieux de rechercher, sous les motifs apparents et abstraits, les raisons véritables des choses, il s'est tenu sur ce point à une explication purement formelle.

Il avait cependant dégagé, comme conséquence du fondement contractuel de la responsabilité pour nullité de contrat, une idée dont nous n'avons pas parlé en analysant sa théorie, parce qu'elle n'est, dans son développement, que de faible importance, mais qui nous fournira une indication précieuse sur la solution que nous

(1) Saleilles, *op. cit.*, VIII, n° 53.

recherchons. Voici cette idée : la responsabilité pour nullité de contrat étant, d'après Ihering, contractuelle, la diligence exigée sera plus ou moins grande selon les contrats.

On sait, en effet, qu'en matière de contrat, la faute s'apprécie d'une manière plus ou moins sévère suivant qu'il s'agit d'un contrat fait dans l'intérêt exclusif de l'un ou de l'autre contractant ou d'une convention formée dans leur intérêt commun. En général, celui qui est lié par contrat doit apporter à l'exécution des obligations dont il s'est chargé tous les soins d'un bon père de famille (art. 1137). Mais cette obligation est plus ou moins étendue relativement à certains contrats (art. 1137, alinéa 2, du C. civ.). Si la règle générale de responsabilité est la responsabilité du bon père de famille, c'est que le cas général est le contrat conclu dans l'intérêt égal des deux parties. Mais la responsabilité est aggravée dans les conventions qui n'ont pour but que l'intérêt unique de la partie qui doit agir, elle dépasse même parfois dans ce cas la responsabilité de la faute (art. 1882 C. civil, commodat. oblig. du commodataire) ; elle est atténuée au contraire, lorsque le contrat est fait dans l'intérêt exclusif de l'autre partie (arg. *a contrario* de l'art. 1891 C. civil, commodat. oblig. du commodant). Ces mêmes principes étaient appliqués, d'une manière plus large et plus générale encore dans le droit romain, et toutes les législations les ont connus. On explique quelquefois ces variations du degré de responsabilité par une convention tacite, entre les parties, d'atténuation ou d'aggravation. Cette conventio est inadmissible. Les parties la feraient, si elles y songeaient. Mais si la loi la fait pour elles, c'est qu'elle est basée sur une considération d'équité et d'utilité sociale.

Cette considération est celle-ci : celui qui veut pour lui les avantages d'un *fait* doit en accepter les chances, toutes les chances, bonnes et mauvaises. Qui veut les avantages, court les risques ; qui a les gains a les pertes. C'est là une règle d'équité sociale. Qui consentirait à faire des contrats de bienfaisance, si ces contrats devaient devenir pour le bienfaiteur la source d'un appauvrissement plus grand encore que celui qu'il a délibérément prévu et accepté ?

La variation des degrés de la responsabilité selon les contrats, n'est donc pas seulement la conséquence d'une clause tacite du contrat, elle est la conséquence d'une règle d'équité. Elle peut, et doit s'appliquer en dehors même des hypothèses où on peut prétendre qu'elle a fait l'objet d'une convention tacite. Elle s'applique aux relations extra-contractuelles comme aux relations contractuelles. Seulement, en matière de délit et de quasi-délit, elle n'aura ordinairement pas de raison d'être.

Mais dans les cas où elle a sa raison d'être, cette variation doit être admise.

Il en est précisément ainsi de ce quasi-délit spécial : le fait d'être la cause d'une nullité de contrat.

Lorsqu'une personne se met en relation avec une autre en vue de former un contrat, c'est ordinairement dans le but de se procurer un certain avantage économique ou personnel ; ce sera même le plus souvent un avantage économique. Cet avantage est le fait direct, la cause finale — et, en droit, la cause finale est cause efficiente — de la volonté de former le contrat, et, par là, de la formation apparente du contrat. N'est-il pas légitime, dès lors, que la volonté qui a voulu cet avantage accepte les risques qu'il présente, et que la loi lui impose cette acceptation ?

Il en serait tout autrement d'une personne qui voudrait former un contrat dans le seul intérêt de l'autre partie. Celle-là, non seulement elle ne répondrait pas des simples risques, mais même sa responsabilité, quoique aquilienne, serait restreinte au dol et à la faute lourde assimilable au dol. Cela est si vrai que la pratique n'offre pas, à notre connaissance, d'exemple de notre action intentée contre un contractant qui a entendu gratifier l'autre partie.

Et, au contraire, dans toutes les espèces où l'action se manifeste avec évidence comme nécessaire, malgré l'absence de faute, il s'agit ordinairement d'un contrat dans lequel l'une des parties devait avoir le principal avantage. Il en était ainsi particulièrement dans ce procès célèbre d'une maison de commerce de Cologne contre une banque de Francfort. Le mandat donné par la maison de Cologne était *son affaire à elle*. Elle devait, si l'opéra-

tion était bonne, réaliser seule des bénéfices; si elle était mauvaise, subir seule des pertes. La banque de Francfort, dans tout cela, n'avait droit qu'à une *commission*, un véritable *salaire*, indépendants des risques comme des pertes possibles.

21. Résumons donc les indications, que nous avons dégagées. Si le contrat annulé était entièrement, ou tout au moins principalement, dans l'intérêt de l'une des parties, d'une part, la partie qui n'y a pas d'intérêt ne répond de la nullité que si elle est une conséquence de son dol ou de sa faute lourde assimilable au dol. (Cette règle n'aura pas grande application pratique, ordinairement le contrat fait dans l'intérêt principal d'une partie présentera aussi quelque intérêt pour l'autre; dans le procès de la maison de banque de Cologne contre la banque de Francfort, la banque de Francfort avait un intérêt au contrat, sa commission. Elle devait donc répondre de sa faute légère.) La partie qui a tout l'intérêt répond de sa faute, même très légère, et supporte les cas fortuits.

Dans la pratique, il sera rare, nous l'avons dit, que le contrat soit dans l'intérêt exclusif de l'une des deux parties : mais si l'une des deux y a un intérêt nettement dominant, elle supportera aussi les cas fortuits.

Mais quid des contrats proprement commutatifs où les deux parties courent des chances égales de gain et de perte? Dans ce cas-là, à notre sens, il n'y a pas lieu d'intervenir dans le règlement des risques. Les pertes sont pour celui qui les subit. De quel droit et dans quel intérêt, en effet, viendrait-on corriger ici les effets du hasard, et reporter arbitrairement le préjudice sur le patrimoine qui ne l'a pas subi. Quelle serait l'utilité sociale d'une pareille solution? Seulement, dans ce cas, la notion de faute se fait très ténue. La plus légère négligence, l'omission la plus excusable, peuvent être considérées comme une faute. Celui qui, en prenant une précaution même exorbitante des usages courants, aurait pu éviter la nullité, et qui ne l'a point fait, celui-là sera responsable. Mais, si cette recherche même ne donne pas de résul-

tat, s'il est absolument impossible de découvrir une faute, si légère qu'elle soit, à charge de l'un des contractants, les risques grèveront alors définitivement le patrimoine sur qui ils ont porté.

Il n'y a pas de raisons valables de les déplacer.

Notre théorie générale des dommages intérêts pour nullité de contrat se résume en quelques mots : 1^o le dommage résultant de la nullité doit être supporté par celui qui, par sa faute, a été cause de la nullité ; 2^o la faute s'apprécie plus ou moins sévèrement, selon que le contrat qu'il s'agissait de former devait être dans l'intérêt principal de l'un des contractants ou dans leur intérêt commun ; 3^o dans les contrats conclus principalement dans l'intérêt de l'une des parties, celle-ci supporte les cas fortuits.

Nous croyons que ces principes suffisent, tout au moins comme principes généraux, à régler toutes les espèces de la pratique selon le vœu de la justice et de l'équité. Il y a toutefois quelques précisions à faire relativement à certaines hypothèses spéciales. Nous aurons à faire de la règle que « celui qui a les avantages court les risques » des applications spéciales.

On a recours quelquefois, pour conclure une convention, à des intermédiaires, individus ou choses, dont l'intervention ajoute un risque de plus aux risques ordinaires de nullité. Lorsqu'on ne trouvera pas dans la convention principale de raison de mettre les cas fortuits à la charge de l'une des parties plutôt que de l'autre, il conviendra de se demander, si, la nullité étant la conséquence de l'introduction d'un intermédiaire dans le contrat, la considération de l'intérêt qu'avait l'une des parties à cette intervention ne va pas nous déterminer à lui en faire supporter les risques. Ce serait une application encore du principe général que nous venons de poser.

Nous examinerons la question dans la partie casuistique de cette thèse.

22. *Espèces où l'action en indemnité n'est pas admissible. Convient-il de partager le préjudice par moitié?* — En dehors de ces hypothèses, il faut refuser l'action. Lors donc que la

nullité ne proviendra pas d'une faute, même légère, de l'une des parties, que, d'autre part, aucune d'elles n'aura eu à la conclusion du contrat un intérêt exclusif ou tout au moins nettement dominant, lorsqu'enfin une solution contraire ne sera pas nettement commandée, soit par des considérations de fait particulières à l'espèce dont il s'agira, soit par des considérations de droit spéciales à certaines situations, le préjudice sera pour celui qui l'a subi.

S'il faut se garder d'une abstention systématique, lorsque, en l'absence même d'un texte positif, l'équité exige qu'on vienne au secours d'un individu et qu'on lui accorde certains droits, il faut se garder aussi fermement d'intervenir à tout propos dans les relations des particuliers.

On pourrait peut-être proposer, et on l'a fait au moins en ce qui concerne les erreurs télégraphiques (1), de faire subir le dommage résultant d'un pur cas fortuit, à chacune des parties pour moitié. Ce serait en somme une application naturelle de la théorie que nous venons d'adopter : là où chacune des parties avait un intérêt égal au contrat, pourquoi l'une d'elles supporterait-elle tout le dommage ? Il n'y en a pas de raison. Si les risques doivent être proportionnels aux chances de gain, ne conviendrait-il pas que, là où les chances de gain sont, pour ainsi dire, partagées, le dommage subi soit également partagé ?

Nous serions volontiers partisan de l'affirmative. Mais il ne nous appartient pas de proposer cette solution comme une règle de droit positif ; à de plus autorisés de prendre une pareille initiative.

Cette solution s'adapterait assez bien à l'espèce suivante rapportée par Ihering : dans une vente publique, un individu veut se rendre acquéreur d'un ouvrage rare ; il pousse l'enchère, et à un moment donné s'arrête : un bouquiniste, qui est dans l'assistance, lui offre un autre exemplaire de cette édition dont lui, bouquiniste, est possesseur, au prix auquel notre enchérisseur s'est arrêté et

1) Valéry. Contrats par correspondance.

que d'autres enchérisseurs dépassent ; mais il se trouve que l'exemplaire a été précisément vendu, en l'absence du bouquiniste, par son commis ; la vente est nulle ; les parties, en contractant, avaient en effet en vue non pas un exemplaire quelconque de l'ouvrage, mais celui que possédait le bouquiniste. Celui-ci devra-t-il des dommages intérêts à l'acheteur ? Oui, dit Ihering, car il aurait dû savoir que l'exemplaire dont il disposait ne lui appartenait plus. Moins absolu, M. Legros admet l'action, mais pour d'autres motifs : le bouquiniste peut n'avoir pas commis de faute ; ainsi, quelque temps avant la vente, il s'était assuré de l'existence de l'objet et rien ne permettait de prévoir la possibilité d'une aliénation dans un aussi court intervalle, mais, par sa situation, il était relativement mieux placé que l'acheteur pour la connaître, et c'est à ce titre qu'il doit être responsable.

Nous n'admettons ni la solution de Ihering, ni les motifs de M. Legros. Il nous paraît injuste de faire supporter tout le dommage au bouquiniste. On pourrait, il est vrai, soutenir que, en l'espèce, il y avait contrat formé, mais résoluble, faute d'exécution, par application de l'art. 1599, car, littéralement, vendre une chose qu'on n'a plus, c'est vendre la chose d'autrui. L'acheteur aurait droit non seulement à l'intérêt négatif, comme le veut Ihering, mais à tout l'intérêt d'exécution. Serait-ce justice ?

Non. L'art. 1599 prévoit le cas de la vente par un homme de mauvaise foi d'une chose dont il sait n'être pas propriétaire, ou la vente par un homme de bonne foi d'une chose dont il se croit le propriétaire, mais sur laquelle il n'a qu'un droit inférieur ou purement apparent. Tel n'est pas le cas ici. Il ne s'agit ni d'un droit inférieur, ni d'un droit purement apparent ; le bouquiniste avait bien sur l'objet vendu un droit de propriété, mais ce droit a été anéanti. On est en dehors des prévisions de l'art. 1599. Cet article est basé sur une présomption de faute : celui qui vend la chose d'autrui commet presque toujours une faute.

On ne saurait étendre une présomption légale d'un cas à l'autre. L'art. 1599 ne doit pas s'appliquer à notre hypothèse.

D'ailleurs l'espèce est bien différente de la vente de la chose d'autrui : acheteur et bouquiniste n'ont pas plus de raison l'un que l'autre d'ignorer que l'ouvrage a pu être vendu en librairie au moment où ils traitaient. Ils auraient pu prévoir le cas et le régler. Ils ne l'ont pas fait. Il faut certainement déclarer le contrat nul.

Mais nous allons plus loin et nous ajoutons que le bouquiniste ne doit pas supporter tout le préjudice de la nullité. Il n'y a pas de raison sérieuse de le rendre seul responsable. Son intervention était conforme à l'intérêt de l'acheteur comme au sien propre. Elle faisait réaliser aux deux parties un bénéfice, ou ce que chacune d'elle estimait être un bénéfice. Pourquoi, avantageuse, si elle avait été valable, aux deux parties, cette vente, par son avortement, retomberait-elle tout entière à la charge de l'une d'elles, qui, nous l'avons démontré, n'a pas été plus négligente que l'autre en contractant ? Le règlement le plus rationnel consisterait à partager la perte et à la faire supporter à chacun pour moitié.

Mais en l'absence d'un pareil expédient le mieux est encore de s'en tenir à ce qui est fait, puisqu'aussi bien il n'y a pas de motif valable de faire précisément le contraire,

VI

22. — *Consistance du gain manqué. Preuve.* — Dans tous les cas où elle s'applique, notre action tendra à l'obtention d'une indemnité représentative du préjudice causé par la nullité du contrat. Que la nullité soit le résultat du *dol*, de la *faute*, ou du *simple fait* de l'autre partie, lorsque le simple fait est constitutif de responsabilité, l'indemnité allouée devra être en principe l'exacte réparation du dommage occasionné.

M. Saleilles, dans une matière voisine de la nôtre, en ce qui concerne les accidents du travail (1), a proposé de tenir compte du degré de culpabilité du défendeur *pour le calcul de l'indemnité*. Ce système est consacré, en matière de dommages-intérêts pour inexécution du contrat, par les art. 1149 à 1151 du Code civil. Pourquoi ne l'appliquerait-on pas lorsqu'il s'agit de dommages-intérêts aquiliens ou quasi aquiliens (2)? « Bien que les parties soient censées avoir consacré par leurs conventions, et éventuellement, le règlement légal des dommages-intérêts, ce règlement n'en est pas moins celui que la loi a établi en se plaçant à un point de vue de justice supérieure et qu'elle considère comme devant former le droit commun en matière de réparation, dans tous les cas par conséquent où l'on ne se trouve pas en présence d'un rapport juridique que

(1) Saleilles, *op. cit.*, IX.

(2) Dans le système de l'unité de responsabilité auquel nous nous sommes ralliés, l'application des art. 1149 à 1151 au *dol* et à la *faute* aquiliens ne ne soulève pas de difficultés théoriques.

les parties aient pu modifier par avance par voie contractuelle, ce qui est le cas en principe de la responsabilité de l'art 1382. » Or le système des articles 1149 à 1151 serait que l'adaptation de la réparation au dommage se mesure à l'adaptation de la volonté elle-même du dommage réalisé ; là où la volonté a voulu le dommage (dans le cas de dol par exemple), la réparation sera intégrale, elle se mesurera au « préjudice souffert par la victime considérée dans son individualité personnelle » ; là où la volonté n'a pas voulu le dommage, elle se mesurera par une sorte de forfait.

La faute lourde serait assimilable, sous ce rapport, au dol. Nous hésitons à adopter cette théorie et à l'appliquer telle quelle à notre matière. Elle a été proposée lors de la discussion du nouveau Code civil allemand à la commission du Reichstag, et repoussée. Les commissaires pensèrent que l'équité imposait, dans tous les cas où elle l'imposait, une réparation intégrale. Qu'il y ait dol, faute lourde, faute légère, ou simple responsabilité des risques, l'équité veut que la victime de la nullité soit indemnisée entièrement, et elle ne peut vouloir rien au-delà.

Mais nous serions assez disposé à admettre une différence dans la façon dont on traitera l'auteur de la nullité, selon qu'il aura commis une faute lourde ou qu'il aura simplement assumé des risques à un autre point de vue. C'est au point de vue de la preuve du préjudice.

On sait que le *negative interesse* comprend deux choses : perte subie, gain manqué. On sait d'autre part, que c'est à celui qui réclame une indemnité d'établir la consistance du préjudice qu'il prétend avoir subi : cette preuve ne sera généralement pas très difficile en ce qui concerne la perte subie. Vous expédiez une caisse de cigares qu'on vous a commandée par erreur et qu'on vous retourne. La perte que vous éprouveriez, si vous n'aviez le secours de l'action en indemnité, est facile à déterminer : c'est tant pour le port, tant pour l'emballage. Mais la consistance du gain manqué sera ordinairement plus malaisée à établir. S'il s'agit d'opérations sur des valeurs de bourse cotées ou sur des denrées dont le prix est

consigné dans des mercuriales. et généralement de choses de commerce courant et de prix connus, la difficulté ne sera pas encore extrême ; mais si le *negotium* annulé avait pour objet des choses d'un commerce plus rare et d'un prix pour ainsi dire moins *objectif*, elle deviendra très grande.

Ce qui rend si difficile l'appréciation du gain manqué, c'est que cette sorte de préjudice implique que le demandeur aurait pu conclure un autre contrat avantageux à la place de celui qui a été annulé. et qu'il l'aurait effectivement fait. Il faudrait donc, pour pouvoir affirmer avec certitude l'existence du préjudice et en délimiter l'étendue, connaître exactement quels contrats le demandeur aurait pu conclure, et, parmi ces contrats, il en aurait véritablement conclu un, et lequel ? Qui ne voit combien une pareille preuve est complexe et délicate et que notre action peut, selon qu'on impose l'*onus probandi*, sur ce point, à l'une ou à l'autre des parties, se transformer soit en une véritable action pour dommages-intérêts d'exécution, soit en une simple action en réparation pour la perte subie ?

Il appartiendra en principe au demandeur de faire la preuve du préjudice, de tout le préjudice, perte et gain manqué. Mais convient-il de lui demander dans tous les cas, et sur les deux chefs, une preuve également rigoureuse ? Nous ne le pensons pas.

Lorsque l'erreur cause du préjudice proviendra du dol ou de la faute lourde du défendeur, nous pensons que le demandeur d'indemnité aura le droit d'évaluer le gain manqué à son maximum, c'est-à-dire à l'intérêt d'exécution. Ce sera alors au défenseur à démontrer que le demandeur n'aurait pas pu conclure un autre contrat avantageux ou qu'il ne l'aurait pas conclu.

Lorsqu'au contraire l'erreur proviendra d'une faute légère du défendeur, ou qu'il n'y aura aucune faute, alors il appartiendra au demandeur d'établir, d'une manière très nette, quel contrat il aurait pu conclure à la place du contrat annulé. Dans tous les cas de responsabilité du simple fait il faudrait même exiger la preuve, tout au moins morale, qu'on aurait traité effectivement.

On devine aisément sur quels motifs d'équité nous fondons ces solutions. Nous voudrions indiquer toutefois que ces motifs d'équité sont aussi des raisons juridiques. Mettre la preuve à la charge d'une partie dans un procès, c'est lui imposer un risque, celui de ne pouvoir établir son droit, quoique fondé. Dans une action qui met aux prises deux individus dont l'un a commis vis-à-vis de l'autre une faute, qui doit supporter les risques ? C'est celui qui est en faute, sans cela la faute de l'autre partie pourrait être pour lui la source d'un préjudice. Or le fardeau de la preuve étant un risque, c'est à celui qui est en faute de prouver que l'intérêt négatif, perte subie et gain manqué, est inférieur à l'intérêt d'exécution.

Qu'on remarque que rien dans ce que nous avançons ne va à l'encontre des principes généralement admis. Ce qui est incontestable, c'est que qui allègue un préjudice doit l'établir. Mais le législateur, pas plus que la doctrine, n'a déterminé très nettement les éléments de cette preuve. Cette preuve est forcément assez élastique et les présomptions de l'homme y jouent un rôle assez important. C'est en somme une règle destinée à régler les présomptions de juge que nous formulons ici.

Lorsqu'il y a eu simple raison d'assurer les risques, les deux parties sont également intéressantes. Il n'y a plus de raison d'imposer à un seul des contractants, outre les risques du préjudice éventuel, les risques d'une preuve incertaine. Car, si le demandeur subit un préjudice de ce chef, il ne proviendra pas de la faute de l'autre partie, puisque, par hypothèse, l'autre partie n'est pas en faute. La faute légère, bien qu'elle soit une faute, doit être assimilée sur ce point au simple fait, mais peut-être conviendrait-il au juge de se montrer plus coulant sur la preuve faite par le demandeur.

Ces distinctions ne sont pas dans le Code civil. Elles ne nous semblent pas incompatibles avec lui. Mais nous n'oserions toutefois affirmer qu'elles soient conformes à l'esprit dans lequel ce Code a été rédigé.

Ce n'est point là un vice rédhibitoire qui doive nous empêcher

de les adopter si elles sont bonnes : il nous semble avoir démontré qu'elles le sont en effet. Il ne nous appartient pas de proposer des règles de droit, tout au plus pouvons-nous prendre la liberté d'en suggérer.

En fait, il serait difficile d'empêcher le juge de s'y conformer dans son jugement, et ne vaudrait-il pas mieux, dès lors, là comme partout, mettre le fait d'accord avec le droit ?

DEUXIÈME PARTIE

APPLICATION & CASUISTIQUE

APPLICATION ET CASUISTIQUE

24. Éléments de validité des conventions. — D'après le Code civil (art. 1108, 1123, 1129, 1131) quatre conditions sont essentielles pour la validité des conventions : le consentement des parties, leur capacité, un objet certain et licite. Mais, à les bien analyser, ces quatre conditions se ramènent à trois : consentement, capacité des parties, caractère licite de la convention.

Tout d'abord la convention doit avoir un objet. Si l'on entend par là simplement que les parties doivent avoir en vue une prestation à fournir, la nécessité d'un objet se confond avec l'exigence du consentement, car qu'est-ce que le consentement dans une convention, sinon la promesse par l'une des parties d'une prestation, et l'acceptation par l'autre partie de cette promesse ? L'objet de la convention, c'est donc l'objet même du consentement. Il ne peut pas plus y avoir de consentement sans une chose consentie, que de volonté sans une chose voulue. Le Code, en stipulant expressément que la convention doit avoir un objet, a prétendu exprimer autre chose que ce truisme. Il a voulu que la validité de la convention fût subordonnée à la possibilité de la prestation promise. Et c'est avec raison. On peut concevoir en effet la promesse d'une prestation impossible de deux façons : ou bien les parties n'ont pas entendu s'engager sérieusement, et alors il n'y a pas convention, parce qu'il n'y a pas consentement ; ou bien les parties ont cru la prestation possible et alors, s'il y a consentement, c'est un consentement entaché d'erreur. Si la prestation a elle-même un objet matériel, cet objet doit être ou un corps certain ou

une certaine quantité d'une certaine espèce (art. 1129). Promettre une chose absolument indéterminée en qualité ou quantité, c'est ne rien promettre, puisque on pourrait se libérer d'une pareille obligation en payant une valeur approchant de zéro au point de lui être pratiquement équivalente.

L'objet de la prestation ne doit pas être hors du commerce. La prestation elle-même doit être licite. Une prestation illicite est celle qui est contraire aux lois ou aux bonnes mœurs. Une chose hors de commerce, est une chose qui serait naturellement susceptible de faire l'objet d'une convention, mais que la loi, pour des raisons d'utilité générale, rend incapable de faire l'objet de certains contrats. — Ici, il ne s'agit plus d'absence ou de vice de consentement. On conçoit très bien que deux ou plusieurs individus veuillent former ensemble une convention contraire aux bonnes mœurs, ou à certaines règles d'utilité générale. Et on conçoit que la loi le leur interdise, ou, pour parler un langage plus exact, qu'elle ne se mêle pas de faire respecter une pareille convention et la considère comme non avenue. Des brigands conviennent de former une société pour détrousser les passants et se partager leurs dépouilles. Il y a bien là une convention, il y a consentement des parties, objet possible et déterminé. Mais concevrait-on que la loi reconnût une pareille convention et se mêlât d'en assurer l'exécution ?

La loi ne défend pas seulement des conventions aussi manifestement immorales que celle-là ; elle défend aussi des conventions qui n'ont rien d'immoral dans le sens idéaliste du mot, mais qui lui paraissent contraires à l'intérêt général de la société. Telle serait par exemple une convention qui tendrait à établir entre les propriétaires de deux fonds, en tant que possesseurs desdits fonds, un rapport de suzeraineté et de vasselage ; telle encore celle par laquelle un individu louerait ses services pour la vie à un autre individu. Mais ce sont là des cas exceptionnels. Le droit commun, c'est l'autonomie de la volonté, la liberté des conventions.

On le voit, toutes les exigences du Code relativement à l'objet rentrent dans une de ces deux conditions de validité : consentement des parties, caractère licite de la convention.

Ce que nous avons dit de l'objet, il faut le répéter pour la cause. La convention, dit le Code civil, doit avoir une cause. Ce langage n'est pas tout à fait exact : ce n'est pas précisément la convention, c'est l'obligation qui doit avoir une cause. Ce n'est pas que la convention elle-même puisse, au fond, en être dépourvue ; mais le droit en principe ne prend pas en considération la cause de la convention, mais seulement celle de l'obligation ou des obligations contenues dans la convention. Toute promesse que l'on fait a nécessairement sa cause, ou dans une intention libérale, ou dans *l'acquisition*, une valeur ou une promesse équivalente en échange. La donation ne se présume pas. Elle est d'ailleurs soumise à des formalités particulières. Toute promesse qu'un individu fait à un autre a donc une cause. Dans l'esprit de celui qui s'oblige, la réalisation de la promesse est subordonnée à la réalité ou à la réalisation de la cause. La cause est une condition de la promesse, c'est-à-dire quelque chose à quoi la volonté du promettant subordonne la promesse. Le Code civil, et tout le droit moderne, au lieu d'isoler ceci de cela, au lieu de dissocier arbitrairement ce qui, dans l'esprit des parties, est indivisible, prend la volonté dans son ensemble avec ses modalités, ses restrictions et ses nuances. Dans cet ensemble se trouve l'intention de subordonner la promesse à la réalité de la cause. Je vous achète un meuble que, la vente conclue et alors que je vous ai signé des billets en paiement du prix, vous refusez de me livrer. Je promettais le prix pour avoir le meuble. Il est bien évident que, dans ma pensée, la livraison de l'objet était la condition sine qua non de ma promesse. Prétendre me faire payer le prix sans me livrer la chose achetée, et baser cette prétention sur mon consentement serait une mauvaise plaisanterie. L'exigence d'une cause se confond donc comme l'exigence d'un objet, avec la nécessité du consentement. Aux termes de l'article 1131 la cause doit en outre être licite. Mais l'obligation dont la cause est immorale ou illicite est elle-même immorale ou illicite.

Il y a enfin certaines catégories de personnes dont la loi, pour

des considérations diverses, ne prend pas le consentement en considération. Ce sont les incapables.

Le consentement des parties, leur capacité, le caractère licite du *negotium* sont donc en principe les seuls éléments essentiels de validité des contrats.

L'absence ou quelque vice de la volonté, l'incapacité des personnes, un obstacle légal, voilà les trois raisons qui peuvent faire que ce qui se présente extérieurement comme une convention obligatoire, ne soit en réalité qu'un traité invalide ou même un pur néant.

Nous allons étudier avec plus de détails ces trois causes de nullité au point de vue de l'action en indemnité. Nous le ferons à la lumière des principes que nous avons déjà posés. Nous espérons que leur application nous permettra de résoudre la plupart des difficultés que notre matière a soulevées. Pour les hypothèses où ils ne sauraient suffire, — s'il s'en trouve — nous chercherons, non pas par des constructions *a priori* qui courraient le risque d'être tout au moins arbitraires, mais dans les faits mêmes, des raisons nouvelles pour les résoudre.

25. Contrat illicite. — Une convention que les parties, pleinement capables d'ailleurs, ont parfaitement voulue, peut demeurer inefficace parce que la loi, par des considérations de morale ou d'utilité sociale, se refuse à la sanctionner.

Il n'y aura pas lieu toutefois en ce qui concerne l'objet de cette étude, de consacrer ici de longs développements à ces contrats manqués. Voici pourquoi : — Comment peut-il se faire pratiquement que deux personnes forment ensemble un contrat illicite ?

Cela peut arriver de deux façons : 1° Toutes deux savaient qu'elles faisaient un contrat illicite, et elles ont passé outre. — Elles ont fait état pour l'exécution des engagements pris, de leur bonne foi réciproque, elles n'ont pas compté sur la protection de la loi. La loi ne peut pas intervenir pour réparer ici le préjudice qui résulterait pour l'une d'elles de l'inexécution d'un contrat que, s'il était valable, elle ne se serait pas mêlée de faire

exécuter. Elle ne peut accorder sa protection à aucune des deux parties, puisque l'une et l'autre lui ont désobéi ; le droit ne saurait protéger ceux qui enfreignent ses règles sans affaiblir l'autorité de ses commandements. Et cela s'applique non seulement aux contrats immoraux ; mais même aux contrats illicites.

Il y aura tout au plus lieu, dans certains cas, à des restitutions. Par exemple vous aliénez un terrain à charge de redevance féodale. C'est un contrat illicite. Le terrain cédé, votre tenancier refuse de vous rendre les devoirs féodaux qu'il a promis. Vous ne pourriez vous adresser aux tribunaux pour obtenir l'exécution de l'engagement. Vous ne pourriez même réclamer le négative interesse, alléguant que vous auriez trouvé postérieurement une excellente occasion de vendre votre domaine. Mais vous aurez l'action en revendication pour reprendre votre bien.

26. Contrats illicites formés par erreur. Erreur de droit, erreur de fait. — 2° Les deux parties ou l'une d'elles ignorait que le contrat fût illicite. Il faut distinguer s'il s'agit d'une erreur de fait ou d'une erreur de droit. Il y a erreur de droit lorsqu'on croit permis ce que la loi défend, comme par exemple si on ignore que la loi défend de constituer sur les fonds des servitudes personnelles de propriétaire à propriétaire. Une telle erreur est inexcusable. Elle est inexcusable théoriquement parce que nul n'est censé ignorer la loi. Pour les contrats immoraux cela va de soi, chacun de nous a dans sa conscience un juge de la moralité de ses actes. Ce n'est pas moins vrai en ce qui concerne les contrats illicites. Les contrats que la loi défend sont en petit nombre et on comprend de reste qu'il ne sont guère usuels. Si ce sont des personnes éclairées qui ont conclu de pareils contrats, ce sera une grosse étourderie de leur part de ne pas avoir vu que le contrat qu'elles voulaient faire était contraire aux principes sur lesquels est fondée la société moderne. Quant aux gens peu éclairés, ce sont des contrats qu'ils ne songeront pas à former : en tous cas, ils seraient bien imprudents de n'avoir pas consulté un homme de loi avant de conclure des contrats si peu usités.

L'erreur de droit en ce qui concerne le caractère licite de la convention est donc inadmissible comme excuse. Il n'y a pas lieu de distinguer les cas où les deux parties ou l'une d'elles seulement a erré. Elles seront toujours censées avoir l'une et l'autre connu la loi et passé outre. Conséquemment le droit ne viendra pas à leur secours.

Tout autre est l'erreur de fait. C'est le cas de la vente d'une chose hors de commerce. Ici les parties sont toutes deux dans l'erreur, elles n'ont pas ignoré et n'ont pas voulu enfreindre la loi. L'impossibilité du contrat vient d'un obstacle de fait, d'une qualité de l'objet qu'elles pouvaient ignorer : elles ont contracté par erreur.

Il peut y avoir erreur des deux parties, ou erreur de l'une par la tromperie de l'autre. Ce second cas n'offre pas de difficulté. La nullité pour caractère illicite du *negotium* est doublée d'une nullité pour vice du consentement. La partie qui a été trompée n'aurait pas contracté si elle avait connu l'obstacle légal qui s'opposait à la convention. Il y aura lieu au moins à notre action. Nous expliquerons plus complètement ces principes en parlant du consentement.

Dans le premier cas, qui supportera le préjudice ? Nous l'examinerons plus loin. Là aussi, en effet, la nullité contient une véritable nullité pour vice de consentement. Si les deux parties avaient connu l'extra-commercialité, elles n'auraient pas contracté. C'est donc un consentement vicié d'erreur qu'elles ont donné. L'erreur porte ici sur la capacité de l'objet. — La théorie de l'erreur est donc, en fin de compte, la théorie à laquelle il faudra ramener la plupart des questions que soulève notre matière. Nous allons l'aborder bientôt.

27. Erreur sur la capacité. — Il en est de même pour la capacité. Celui qui sciemment contracte avec un incapable sait qu'il s'expose à voir annuler la convention qu'il forme ; s'il contracte dans ces conditions, la loi ne saurait venir à son secours,

sinon elle retirerait d'une main à l'incapable la protection qu'elle lui accorde de l'autre.

Il faut donc pour que notre action puisse compéter contre l'incapable que la partie qui a contracté avec lui, ait cru contracter avec une personne capable.

L'exercice de l'action en dommages-intérêts pour nullité de contrat présuppose, on peut dire presque essentiellement, une erreur chez celui qui l'intente, erreur dans laquelle il a été induit soit par le dol (1), soit par la faute de l'autre partie, soit par tout autre fait, imputable à celle-ci.

Cette erreur pourra porter soit sur la *volonté* de l'autre partie soit sur *l'existence, l'identité ou la capacité de l'objet*, soit sur la *réalité de la cause obligatoire* soit sur la *capacité des parties*.

Nous allons passer en revue ces hypothèses.

28. Déclaration erronée. — Déclaration erronée et vice du consentement. Il peut y avoir coïncidence des déclarations et *dissentiment* des volontés internes. Cela suppose écartée une théorie qui a eu quelque faveur dans la doctrine allemande, la théorie de la déclaration ou *Erklärungstheorie*. Les partisans de cette théorie partent de ce principe que le droit a besoin de

(1) Comment pourra-t-il y avoir lieu à notre action si l'erreur de la partie qui souffre de la nullité a été le résultat du dol de l'autre partie ? En effet, notre action n'est qu'un résultat de la nullité, et elle tend à une indemnité tout au plus égale à l'intérêt d'exécution. Pour qu'elle puisse être intentée, il faut donc deux choses : qu'il y ait *nullité du contrat* — *que le contrat fût avantageux pour la victime du dol*. — Or la victime du dol a seule le droit de demander la nullité. Elle ne le fera pas si le contrat est avantageux pour elle. Elle ne la demandera qu'au cas où ce contrat lui serait désavantageux ; il est vrai qu'elle pourra encore là obtenir des dom.-int. mais ce ne seront plus nos dom.-int. pour nullité de contrat, puisqu'ils excéderont l'intérêt d'exécution.

Ceci est juste en ce qui concerne le *dol* sur les *qualités* substantielles de l'objet, le *dol* vice du consentement proprement dit ; mais ce n'est plus vrai en ce qui concerne le *dol* sur la capacité de l'objet, ou sur la *capacité des parties*. Dans ces cas, le droit de demander la nullité appartient même à la partie qui a commis le dol. On conçoit dès lors qu'il puisse y avoir place pour l'action en indemnité représentative de l'intérêt négatif.

sécurité et de confiance. Celui, disent-ils, qui, désirant conclure un contrat, fait état d'une déclaration de volonté, doit pouvoir compter sur elle.

Il ne peut connaître la volonté de l'autre partie que par le moyen de la déclaration ; il faut donc qu'il puisse se fier à cette déclaration. Il ne faut pas que lorsqu'il a eu confiance en elle et à agi en conséquence, l'autre partie vienne lui dire : « je me suis mal exprimé, je n'ai pas dit ce que je voulais dire, il y a eu confusion : il n'y a rien de fait. » Une pareille prétention serait, d'après ces jurisconsultes, inacceptable. Pour eux la seule volonté dont la loi doive tenir compte est celle qui ressort de la déclaration, fut-ce une volonté purement apparente.

Cette théorie est dominée au fond par deux idées qui pour ne pas être exprimées toutes deux aussi ouvertement n'en sont pas moins également importantes. Les partisans de la théorie de la déclaration sont frappés du danger que paraissent présenter les recherches de volonté interne. Ils craignent qu'elles ne soient une prime à la mauvaise foi, et une source abondante d'inextricables chicanes. Les gens de mauvaise foi qui auront conclu des contrats tournant à leur désavantage pourront prétendre ensuite qu'ils se sont mal exprimés, que le contrat est nul. Cette crainte, est-il besoin de le dire ? est tout à fait chimérique. Au regard du droit, si la déclaration de volonté n'est pas la volonté même, elle en est la manifestation extérieure, le signe. Jusqu'à preuve contraire, elle doit être présumée concorder avec la volonté interne.

Ce sera à celui qui prétend avoir fait une déclaration erronée d'établir que l'expression qu'il a donnée à sa volonté a trahi sa pensée. Qui ne sent combien cette preuve sera difficile, et qu'il arrivera fréquemment que celui qui a fait une déclaration erronée ne soit pas en état de le prouver, tandis que le contraire sera à peu près impossible ?

Ensuite on se dit que celui qui fait une déclaration erronée commet une faute, c'est tant pis pour lui s'il éprouve un préjudice. L'adoption par le droit de l'*Erklärungs-theorie* ne pourra que forcer les contractants à porter plus d'attention à la rédaction de

leur déclaration. — Certes, si la déclaration erronée était toujours le résultat d'une faute et d'une faute lourde, on pourrait à la rigueur adopter la théorie de la déclaration. Mais il n'en est pas ainsi. Souvent elle est le résultat d'une faute légère ou très légère ; quelquefois même elle provient d'un simple cas fortuit. Comment dans ce cas frapper le déclarant d'une peine ? Car n'est-ce pas une véritable peine que de le considérer comme adhérent à un contrat qu'il n'a, en réalité, pas voulu ?

Cette doctrine revient, comme on l'a fait remarquer, à établir ce principe : « Ce qui est dit est dit, et une promesse est une promesse. Celui qui a compté dessus ne fut-ce que pendant cinq minutes ne doit pas être déçu » (1). Où irait-on avec cette théorie ? Qu'on imagine seulement un contrat de vente et une erreur d'un zéro à la droite d'un nombre exprimant le prix d'achat, qu'on applique à cette hypothèse l'*erklärungs*theorie, — et on en mesurera d'un coup d'œil les dangers.

Une théorie si dangereuse s'impose-t-elle à nous ? Nullement. Tout ce que peut exiger en bonne foi l'individu qui a été victime d'une déception de ce genre, c'est qu'on l'indemnise du préjudice qu'il a subi. Mais pour cela, il n'est pas besoin de rendre le contrat valable ; on peut parfaitement le déclarer nul pourvu qu'on accorde, en dédommagement, notre action pour intérêt négatif. Il faut donc rejeter hardiment la théorie de la déclaration. C'est ce que fait, en principe, le nouveau Code civil allemand. C'est la solution qui s'impose également sous l'empire du Code civil français, respectueux, parfois jusqu'à l'exagération, de la volonté des parties.

Mais comment peut-il y avoir désaccord entre la volonté objective qu'exprime la déclaration et la volonté subjective qu'elle a mission d'exprimer : cela peut se produire de plusieurs façons. Distinguons le cas où il y a communication directe entre les parties, échange des déclarations de personne à personne, par

(1) Unger, *Zeitschrift für das privat und öffentliches Recht der Gegenwart*, année 1888, pages 673 et s. Cet article sur le traitement législatif de l'erreur substantielle, contient une des meilleures réfutations qu'on ait faites de la théorie de la déclaration.

parole entre présents, ou par lettre missive entre absents, du cas où la convention est conclue par un intermédiaire, télégraphe ou messenger.

29. *Communication directe des déclarations entre les parties.* — Dans le premier cas, il faut supposer que l'une au moins des deux déclarations correspond à l'intention véritable de la partie qui l'a émise. L'erreur peut se produire de deux façons. Les paroles ou les signes employés par l'un des contractants pour exprimer sa pensée l'ont trahi, par exemple, si voulant acheter des obligations de la ville de Paris, je vous ai dit par lapsus linguæ, que je voulais vous en vendre. Ou bien, les signes employés par les deux contractants correspondent bien, pris individuellement, à la volonté qu'ils ont voulu exprimer, mais non à celle qu'ils expriment après rapprochement des deux déclarations. C'est ce qui a lieu dans l'exemple cité ci dessus (V. n° 1). Celui qui voulait louer, demandait à louer le premier étage de la maison, et il entendait désigner par là l'appartement au-dessus du rez-de-chaussée. Le propriétaire, croyant que l'expression de premier étage s'appliquait au rez-de-chaussée, avait consenti. Il avait dit, par exemple : oui. Sa déclaration de volonté, prise séparément de la déclaration adverse, répondait bien à son intention. C'est bien une adhésion qu'il avait entendu exprimer, mais une adhésion à un contrat qu'on ne lui proposait pas. Rapprochée de l'autre déclaration, la déclaration de notre propriétaire ne répondrait plus à son intention, car elle exprimait l'adhésion au contrat qu'on lui proposait, adhésion qu'il ne voulait pas donner.

Une déclaration mal faite ou mal comprise, telle est, dans le cas de communication directe entre les deux parties, la condition normale de la formation d'une convention purement apparente.

Dans les deux cas, la nullité provient de la faute de l'un des contractants, — de celle du déclarant, s'il s'agit d'une déclaration mal faite, — de la partie qui a mal compris, s'il s'agit d'une déclaration mal interprétée. Ceux qui contractent savent quelle est l'importance de la déclaration et que c'est par elle que l'on connaîtra

leur volonté. Ils doivent donc y apporter la plus grande attention et en peser toutes les expressions. S'ils ne le font pas, ils commettent une imprudence plus ou moins lourde, selon que l'erreur où ils sont tombés est plus ou moins grossière; il n'est que juste qu'ils en supportent les conséquences.

La déclaration peut être incomplète. C'est ce qui a lieu dans l'exemple fourni par Pothier. Voulant faire faire un tableau par Natoire, je m'adresse à Jacques : si je tiens à ce que le tableau que je commande soit peint par Natoire, je dois le dire dans ma déclaration. Pratiquement j'aurais dû demander à Jacques : « Êtes-vous bien le peintre Natoire ? » Jacques m'eut répondu « non » et j'aurais su à quoi m'en tenir. En ne prenant pas cette précaution, je commets une imprudence dont il est juste que je subisse les conséquences. La déclaration incomplète est en somme une déclaration mal faite et doit être traitée comme telle. Il ne saurait donc y avoir aucune difficulté à accorder dans tous ces cas, l'action en indemnité.

Mais, pour savoir si le malentendu vient de ce que la déclaration a été mal faite, ou si c'est au contraire qu'elle a été mal comprise, il faut avoir déterminé préalablement le sens objectif de la déclaration. Ce sens est théoriquement celui qui résulte de l'interprétation grammaticale du texte et de la signification que les mots employés ont dans le langage usuel ou dans les relations commerciales. Mais, même à renfort de dictionnaire et de grammaire, il ne sera pas toujours possible de préciser exactement le sens d'une déclaration. Les mots n'ont pas tous, comme les expressions géométriques par exemple, une signification absolument nette et précise, susceptible d'être entièrement circonscrite dans les termes d'une définition bien faite : — un même vocable peut désigner des choses bien différentes. Nous n'en voulons pour exemple que le mot *louer* qui signifie à la fois *donner à bail* et *prendre à bail*. Encore lorsqu'il y a emploi d'un terme douteux, peut-être pourrait-on relever une faute à la charge des parties. Mais de laquelle ? de celle qui a employé le terme amphibologique ou de celle qui a accepté cette expression douteuse ? Et d'ailleurs il y a des mots qui changent de signification suivant les pays. On

en a vu un exemple dans le malentendu dont nous avons parlé plusieurs fois : il s'agit de ce propriétaire qui annonce qu'il met en location le premier étage de sa maison, désignant par là, suivant l'usage des lieux, l'étage qui est au ras du sol, et de ce locataire, étranger à la localité, ignorant cette particularité de langage, qui accepte le contrat. Y a-t-il là déclaration mal faite ou déclaration mal comprise ?

La déclaration exprime bien, dans le langage local, la volonté du propriétaire. D'autre part, on ne peut soutenir que l'acceptant ait mal interprété la déclaration : le sens de la déclaration répond bien dans la langue générale du pays de France au sens qu'il lui a donné. D'où vient alors l'erreur ? De ce fait que la déclaration de volonté a objectivement deux sens différents : un sens dans le langage local qui répond à l'intention du propriétaire, un sens dans la langue générale du pays de France qui répond à l'intention du locataire. De ces deux sens objectifs quel est celui qui doit prévaloir ? Ihering et M. Legros (p. 270) font prévaloir le sens local. Je serais plutôt d'un avis contraire. Et voici pourquoi : il y a intérêt pour éviter de pareils malentendus à unifier de plus en plus le langage. S'il peut paraître désirable à beaucoup de bons esprits de voir établir une langue universelle commune à l'humanité tout entière, comment ne serait-il pas plus désirable encore de voir s'unifier de plus en plus un même langage (1). Et de ce point de vue pourra-t-on dire que le propriétaire est en faute ? Certes si la faute consiste non pas dans une imprudence, mais dans le fait qu'une prudence plus avisée encore eût pu éviter l'erreur, il y a ici faute. Le propriétaire devait connaître le langage général français.

Mais ce sont là des cas qui se présentent bien rarement. Plus fréquentes sont les erreurs dues à ce que les deux contractants ne parlent pas le même idiome. Ici ordinairement pas de difficulté. Si chaque contractant parle sa langue il y aura généralement déclaration mal comprise ; si l'un d'eux emploie la langue étrangère, il y aura généralement déclaration mal faite.

(1) Tout au moins le langage juridique et celui des affaires.

Il sera, dans l'une et l'autre hypothèse, facile de déterminer quel est celui des deux contractants qui a commis l'erreur.

Un malentendu aussi fréquent est celui qui provient des différentes valeurs des monnaies. Le franc suisse et le franc français n'ont pas la même valeur. Une vente, passée entre un Suisse et un Français ignorant de cette particularité, et dont le prix serait exprimé en francs, risquerait donc fort d'être annulée. Il y aurait lieu à notre action ? Qui serait en faute ? Celui dont l'intention ne répondait pas au sens objectif de la déclaration. Quel sera le sens objectif de la déclaration ? Ce sera le sens qu'a la déclaration dans la langue du pays où le contrat a été fait. Si donc le contrat est conclu en France, ce sera le Suisse qui sera en faute ; si le contrat est conclu en Suisse ce sera le Français. Peut-on imaginer d'autres hypothèses où la règle soit insuffisante ?

Nous n'osons pas le nier a priori. Mais, nous n'en voyons pas d'autres. Il serait bien extraordinaire que s'il s'en produisait, on ne trouve pas dans certains éléments ou certaines circonstances des faits le principe d'une décision.

Quant à la communication des déclarations par lettre missive, elle ne présente aucune difficulté spéciale. Si les paroles écrites correspondent bien aux paroles que l'on voulait écrire, mais qu'elles ne correspondent pas à l'intention des parties, cela revient à un malentendu identique à celui qui peut se produire entre personnes présentes. Mais les paroles écrites pourraient différer des paroles qu'on voulait écrire. Il faut supposer un lapsus calami ou bien une faute d'orthographe ou une faute de calligraphie. Pourra-t-on nier que dans tous ces cas il y ait une faute ?

On a dit qu'aucun de nous n'est forcé d'être calligraphe, certes. Mais nous sommes tous forcés d'écrire lisiblement : il n'y a qu'à s'appliquer à bien former les lettres que l'on trace. On a dit aussi que les lettres pouvaient arriver à destination avec des caractères autres que ceux que l'expéditeur avait tracés. Il faut supposer une lettre qui a été délavée par la pluie ou interceptée et falsifiée. Nous répondrons que celui qui reçoit une lettre pareille est mis en

garde par l'aspect extérieur de la missive. A lui de s'assurer, avant de contracter, si la lettre n'a pas été altérée.

Nous avons essayé de démontrer, par une minutieuse analyse, des erreurs qui peuvent se glisser dans les déclarations au cas de communication directe entre les parties, que ces erreurs proviennent de la faute — d'une faute quelquefois excessivement légère, il est vrai — de l'une des parties. Pas de doute que, dans tous ces cas, la partie fautive ne soit responsable de la nullité, aux termes mêmes des articles 1382 et 1383 du Code civil. Est-il impossible que, dans ce cas de communication directe, l'erreur soit le résultat d'un pur cas fortuit? Nous le croyons; la pratique n'en offre pas d'exemples à notre connaissance. Si la chose se présente, on appliquera notre principe général que celui qui a l'intérêt principal au contrat doit subir le préjudice résultant de la nullité. Au cas où ce principe n'aurait pas d'application, on dénierait l'action. Mais ce sont là hypothèses, à notre avis, purement théoriques.

Enfin, au lieu de conclure un contrat entre absents par lettre missive on peut avoir recours à un mandataire ou à l'envoi d'une dépêche télégraphique.

30. Erreur et dol du mandataire. — Nous avons vu qu'un des reproches que l'on fait à la théorie de la responsabilité délictuelle c'est, dans le cas de nullité d'un contrat passé par mandataire, et lorsque la nullité provient d'une erreur du mandataire, de faire peser la responsabilité sur celui-ci (n° 6).

La responsabilité étant fondée sur la faute, si le mandataire a mal transmis les ordres qu'il a reçus ou s'il a dépassé les pouvoirs qu'il tenait de son mandat, c'est lui qui est en faute, c'est lui qui est responsable. Le mandant sera à l'abri.

Il y aurait, même en adoptant l'idée d'une responsabilité purement délictuelle, quelques restrictions à apporter à cette solution.

D'abord, en ce qui concerne l'irresponsabilité du mandant, il faut observer qu'un même fait peut être l'effet de plusieurs causes, une erreur, le résultat de plusieurs fautes, et que, par suite, plu-

sieurs personnes peuvent être tenues à la réparation d'un même préjudice. Ainsi, j'ai un cheval de prix. Vous entrez dans l'écurie où je le tiens ; vous laissez la porte ouverte, vous déliez la corde d'attache de l'animal : le cheval prend la fuite dans les champs. Quelqu'un s'en empare, s'en sert, et le tue en lui faisant sauter un obstacle. Je pourrais, en vertu de l'art. 1382, demander réparation de ce préjudice pour le tout, soit à celui qui a laissé fuir mon cheval, soit à celui qui l'a tué. Car, sans l'un ou l'autre de ces individus, je n'aurais pas subi ce dommage. Il en est de même dans notre matière. Le mandataire que vous avez envoyé acheter le quart d'une caisse de cigares et qui en a acheté quatre caisses a commis une faute. Il en est responsable. Mais cela n'empêche pas que vous puissiez être vous-même en faute : si ce mandataire est un homme notoirement connu comme balourd, ou étourdi, ou sans mémoire, vous avez commis une faute en le chargeant d'une commission. C'est une *culpa in eligendo*.

Mais, même en admettant que vous ayez très bien choisi votre mandataire, vous pouvez être encore en faute : par exemple si vous lui avez donné vos ordres au galop, en termes obscurs, sans vous assurer qu'ils étaient compris. Vous serez encore responsable. C'est bien un fait dont vous êtes l'auteur — l'envoi d'un messenger ou d'un mandataire à une autre personne — qui est la cause d'un préjudice pour cette personne, et ce fait est aggravé d'une imprudence, — qui est d'avoir mal donné vos ordres à votre mandataire. On est donc dans les termes de l'art. 1383. Mais, il arrivera cependant assez souvent qu'il n'y aura aucune imprudence à reprocher au mandant. Dans ce cas, il est bien évident que si l'on s'en tient à la conception des art. 1382 et 1383 du Code civil qui font de la faute la condition essentielle de la responsabilité, le mandant ne pourra être rendu responsable.

Une autre conséquence de la théorie délictuelle classique, ce serait la responsabilité du mandataire. Celui-là lorsqu'il commet une erreur dans l'exécution de son mandat, commet une faute — au moins une faute légère — : on peut lui en demander réparation. Et cependant nous croyons qu'il n'est

au fond, pas impossible d'échapper à cette solution. Point n'est besoin pour cela d'assigner un caractère contractuel à la responsabilité. C'est au contraire une clause d'irresponsabilité qu'il faut supposer.

Le mandataire, lorsqu'il s'abouche avec le tiers avec qui il doit contracter, a certainement tout intérêt à stipuler qu'il n'entend répondre que de celles de ses fautes dont il est responsable aussi envers son mandant : dans ces conditions, la mesure de sa responsabilité envers l'autre partie sera déterminée, comme la mesure de sa responsabilité envers le mandant, par l'art. 1992. Ne peut-on supposer une pareille convention ?

Cette idée est déjà dans Legros (page 190), et nous la reprendrions volontiers. Il est tout à fait naturel de présumer cette clause tacite. Le mandataire, qui n'a aucun intérêt personnel à la conclusion du contrat⁽¹⁾, obtiendrait facilement l'acquiescement de l'autre partie, intéressée à sa formation. Ici, on le voit, nous ferions volontiers intervenir l'idée d'un contrat tacite. Mais ce n'est pas pour fonder la responsabilité : c'est au contraire pour la limiter.

Remarquons que la clause tacite d'irresponsabilité que nous supposons constitue elle-même une convention pleinement valable, passée entre le mandataire en son nom et l'autre partie, et destinée à produire ses effets entre eux. Cette convention préalable est, quoique accessoire, indépendante, au point de vue de sa validité, du contrat que, en vertu de son mandat, le mandataire passera au nom de la personne qu'il représente ; — les partisans de la théorie contractuelle au contraire font découler la responsabilité contractuelle d'un contrat non formé : n'y a-t-il pas là, quoiqu'on en dise, une contradiction ? Notre théorie laisse le mandataire responsable vis-à-vis de l'autre partie toutes les fois qu'il l'est vis-à-vis de son mandant. Cette responsabilité là est parfaitement légitime et elle n'a pas grand inconvénient pour le mandataire : qu'importe à celui-ci d'être responsable vis-à-vis du tiers ou vis-à-vis du

(1) Si c'est un mandataire salarié, il ne sera pas supposé faire cette stipulation d'irresponsabilité. Quel intérêt y aura-t-il, puisqu'il répond vis-à-vis du mandant de sa faute même très légère ? Art. 1992, al. 2.

mandat ? Dans tout autre système d'ailleurs cette responsabilité vis-à-vis du tiers subsisterait, d'abord parce que, comme nous l'avons dit en appréciant la théorie contractuelle, une clause de garantie qui aurait pour but unique d'aggraver la responsabilité du mandant ne pourrait avoir pour effet de restreindre celle du mandataire et de soustraire celui-ci à l'application des règles des articles 1382 et 1383. Ensuite parce que, en admettant même que la responsabilité du mandataire soit purement contractuelle, du moment qu'elle existe, vis-à-vis du mandant, et que le mandant est lui-même responsable vis-à-vis du tiers, ce tiers pourra recourir contre le mandataire par l'action oblique de l'art. 1166 (1).

Ajoutons enfin qu'il n'est pas même nécessaire de supposer une convention tacite d'irresponsabilité pour dégager la responsabilité du mandataire des nullités résultant de sa faute légère. La théorie que nous avons exposée et qui mesure la responsabilité in contrahendo à l'intérêt que chacun des contractants avait à la conclusion de la convention conduit à la même solution. En effet, le mandataire qui répond de sa faute légère, c'est le mandataire gracieux, qui ne reçoit aucun salaire. Concevrait-on que, sans intérêt aucun à la conclusion du contrat, et pris entre deux personnes qui y sont, elles, intéressées, il courût d'autres risques que celui de répondre de sa faute lourde ?

La clause de non responsabilité du mandataire présuppose la responsabilité du mandant.

Toute la difficulté se ramène donc à ceci : comment, lorsque le mandant n'a commis ni une faute *in eligendo*, ni quelque négligence en donnant ses instructions à son représentant, comment le rendre responsable de la faute du mandataire ?

On a essayé plusieurs explications. M. Wahl (2) a cru pouvoir baser cette solution sur l'article 1384 du Code civil, qui dit dans

(1) Contra Michoud, note sous Pau, 28 déc. 91. S. 92. 2 299 qui rend le représentant responsable de tous ses *quasi-délits*, — Legros qui, tombant dans un excès contraire, n'admet la responsabilité du mandataire qu'en cas de dol (*op. cit.* p. 191).

(2) M. Wahl sous Montpellier, 16 juillet 91, dans Sirey 95, 1. 241.

son premier alinéa : « On est responsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre », et dans son alinéa 3 : « les maîtres et commettants sont responsables du dommage causé par leurs domestiques et employés dans les fonctions auxquelles ils les ont employés ». Le mandataire est le préposé du mandant. Donc celui-ci doit répondre du fait de celui-là. — On a répondu : 1° que l'article 1384 est relatif aux délits ; or ici il s'agit de responsabilité contractuelle. Pour nous qui admettons l'unité de responsabilité et qui avons montré qu'en admettant même le point de vue contractuel il ne resterait pas moins une responsabilité légale au cas de défaillance de la garantie conventionnelle, cette objection ne porte pas ; 2° on ajoute que cette doctrine aboutirait à rendre le mineur ou l'interdit légalement représentés, irresponsables des fautes commises par leurs représentants dans la formation et l'exécution des contrats. En effet, dit-on, l'article 1384 est basé sur la présomption d'une faute du commettant dans le choix de son préposé (1), et d'un manque de surveillance. Or, le mineur n'a pas choisi son représentant et il n'a pu le surveiller.

La doctrine de M. Wahl ne rend pas forcément les incapables irresponsables des fautes de leurs représentants, mais il est exact que, fondée comme elle est sur l'article 1384, elle ne peut certainement servir à fonder leur responsabilité.

M. Legros justifie autrement la responsabilité du mandat. « Le représentant contracte lui-même : c'est son propre consentement qui est à la base de la convention et des engagements accessoires qui l'accompagnent, seulement leurs effets se produisent dans le patrimoine du représenté. Or, il en est ainsi de l'engagement pris par le représentant de ne pas nuire à son cocontractant par son dol ou par sa faute, soit dans l'exécution, soit dans la formation du contrat », car M. Legros suppose entre tous contractants qui

(1) Sauf bien entendu si on relève à sa charge une imprudence qui le constitue en faute. Alors on revient à l'art. 1383 Ex. Espèce rapportée dans S. 94, 1, 342. Cass. 9 déc. 90. Il s'agit d'un abus de blanc-seing.

s'abouchent cet engagement tacite. « La violation de cet engagement engendre donc une obligation à des dommages-intérêts à la charge du représenté » (1).

Nous voulons bien admettre cette théorie. Mais est-elle bien nécessaire? Est-elle même juridique? Pourquoi les obligations contractées par le représentant en vertu du mandat produisent-elles effet dans le patrimoine du représenté? Parce que cela est conforme à l'intention du mandant, du mandataire et de l'autre contractant. En est-il de même de cette obligation de s'abstenir de dol ou de faute in contrahendo? — Mandant, mandataire et tiers auront-ils tous trois voulu réellement que l'obligation contractée à ce sujet par le mandataire produise effet dans le patrimoine du mandant? — C'est peu probable, ou alors c'est qu'il y a pour cela des raisons objectives. Si ces raisons n'existent pas, cette présomption d'engagement contractuel sera arbitraire et fautive; si elles existent, pourquoi ne pas les chercher et ne pas fonder directement sur elle la solution qu'on veut justifier?

Ces raisons existent. Oui le mandataire doit répondre de la déclaration que le mandant fait en son nom.

D'abord la règle contraire entraînerait sûrement des difficultés pratiques considérables. Étant donné que dans notre matière, comme l'a si bien expliqué Ihering, on répond de sa faute la plus légère, ce seraient des procès — interminables, périlleux, et que le juge devrait, tranchons le mot, résoudre le plus souvent au petit bonheur, — pour savoir s'il y a eu de la part du mandant culpa in eligendo, négligence, manque de précision dans le mandat donné ou absence complète de faute.

L'absence complète de faute sera rare, car il est difficile de supposer qu'un ordre donné avec grand soin à un messager intelligent soit mal transmis par ce messager — à moins de supposer un dol ou une faute lourde de ce dernier.

Enfin, et c'est la raison qui nous détermine, dans l'intérêt de qui a-t-on eu recours à un mandat? C'est dans l'intérêt du mandant.

(1) Legros, *op. cit.*, page 180.

Certes, l'autre partie peut y avoir intérêt aussi. Un commerçant ou quiconque veut conclure une affaire, a certes intérêt à étendre le plus possible le cercle de ses relations, le nombre des cocontractants possibles, car il aura des chances, s'il a à écouler un stock considérable de marchandises, de le faire ainsi plus rapidement, et s'il ne veut conclure qu'une affaire, de la conclure plus avantageusement. Le mandat est donc profitable à la personne qui contracte avec le mandant. Mais il l'est bien plus à notre avis au mandant, car si le mandat permet à la partie qui contracte directement de traiter à des conditions plus avantageuses, il a pour le mandant et un intérêt identique à celui dont nous venons de parler, et quelquefois cet intérêt bien plus considérable de lui permettre de conclure un contrat que sans l'institution du mandat il n'aurait pas pu conclure du tout.

Chacune de ces raisons prise isolément ne suffirait peut-être pas à justifier notre règle, car elles ne consacrent après tout chacune qu'une présomption, présomption d'une faute d'une part, présomption d'intérêt plus grand à traiter par mandataire d'autre part; mais réunies, elles nous semblent assez fortes pour fournir à la responsabilité du mandant une base très résistante.

Quant aux mineurs et aux interdits, il est vrai qu'ils ne choisissent pas leur représentant et qu'à ce titre, ils ne sauraient commettre une culpa in eligendo ou une culpa in ordonando. Mais la tutelle est une institution toute dans leur intérêt. A eux donc de subir les risques qu'elle comporte; la loi ne reconnaît-elle pas que la tutelle comporte des risques, elle qui donne précisément aux incapables une hypothèque légale sur les biens de leurs représentants?

31. Erreur de télégraphe. — Dépêche télégraphique. — Il y a un cas où la déclaration de volonté est transmise par un intermédiaire qui ne peut, en aucune façon, être considéré comme le préposé du déclarant, et qui est incontestablement irresponsable des erreurs qu'il commet : c'est lorsqu'on a recours au télégraphe. L'administration des télégraphes est irresponsable des

erreurs de transmission qui peuvent se glisser dans les dépêches qu'on lui confie (1).

Peut-on dire que le télégraphe est le mandataire de l'expéditeur de la dépêche et qu'à titre de mandant, celui-ci est responsable de la faute de celui-là ? Certes, pour ceux qui fondent la responsabilité de mandant sur une présomption de *culpa in eligendo*, ce n'est guère possible. On ne choisit pas les employés du télégraphe qui transmettront la dépêche qu'on expédie. Il est vrai que l'on choisit le télégraphe comme mode de transmission : cela même ne pourrait-il être considéré comme une *culpa in eligendo* ? D'aucuns l'ont pensé, entre autres M. Boistel (dr. comm. § 444), et MM. Lyon-Caen et L. Renault, dans leur savant traité de droit commercial (III, n° 23). On a prétendu même apporter à l'appui de cette thèse des décisions judiciaires, un jugement du Tribunal de Commerce de la Seine du 28 mars 1856, un arrêt de la Cour de Paris du 11 Janvier 1856 (2), et enfin la décision du Tribunal de Cologne dans le procès entre la maison de commerce de Cologne et une banque de Francfort, dont nous avons parlé à diverses reprises. Ces trois décisions judiciaires, a-t-on dit, sont d'accord sur ce principe que l'erreur commise dans la transmission d'une dépêche doit être toujours supportée par l'expéditeur, et non par le destinataire, qui ne doit éprouver aucun préjudice du fait de l'adoption d'un mode de transmission que l'expéditeur a choisi. — Nous n'avons pas sous les yeux les termes exacts de ces décisions de justice, mais nous doutons qu'elles se réfèrent expressément à l'idée d'une faute in eligendo. Nous en doutons d'autant plus que dans les trois espèces, il s'agit d'ordres de bourse. Dans ce genre d'hypothèses, la nécessité de rendre l'expéditeur responsable est évidente. Celui qui donne un ordre de bourse à un banquier ou à un agent de change fait, par l'intermédiaire de ce dernier, un contrat dans son seul intérêt. Le banquier ou l'agent de change n'est à tout prendre qu'un salarié. Son intérêt dans l'opération est réduit à une com-

(1) Loi du 29 mars 1850, art. 6.

(2) Les deux décisions sont rapportées au Dalloz, Rep. art. Télégraphie, n° 89.

mission limitée que nous avons déjà qualifiée de salaire ; il n'a pas de chances de gain, il ne doit courir aucun risque. Tout autre est la situation du donneur d'ordre : à lui, qui veut faire une bonne affaire, qui a des chances de gagner à l'opération, à lui de supporter les risques.

C'est une application immédiate de la règle : que celui pour qui sont les chances de gain d'une affaire doit en assumer les risques. Ajoutez que l'emploi du télégraphe est ici tout entier dans l'intérêt du donneur d'ordre. Il est probable que s'il n'avait pas eu la ressource du télégraphe, il aurait donné son ordre quand même, mais par lettre. Le courtier de valeurs n'y eut probablement rien perdu. L'opération aurait été plus longue et cela aurait empêché probablement le donneur d'ordre de profiter des fluctuations du marché.

Ces décisions ne sauraient donc être invoquées par ceux qui voient dans le choix du télégraphe une faute, ou tout au moins une raison d'assumer les risques. On invoque aussi l'autorité de Ihering. Ihering, rend, en effet, l'expéditeur de la dépêche responsable des erreurs du télégraphe, et il fonde cette responsabilité sur une culpa in eligendo. On sait que ce que Ihering entend par là, c'est moins une faute qu'une présomption de faute. Et dans sa théorie la présomption de faute n'est au fond tout simplement qu'une fiction dont le but est d'imposer la garantie des risques. Le télégraphe est un moyen de transmission qui offre mille avantages, entre autres un inappréciable, la célérité. Il n'a que peu d'inconvénients. Cela est si vrai et son emploi est si conforme aux intérêts du commerce, qu'il est devenu aujourd'hui absolument général.

Particulièrement en ce qui concerne les denrées sujettes aux fluctuations de cours on peut dire, qu'entre absents, les offres et les demandes ne se transmettent plus que par dépêches télégraphiques. Ce n'est pas commettre une imprudence, mais agir au contraire en homme avisé, que d'employer le télégraphe. Ihering n'a certainement pas vu là une faute véritable.

Mais, si celui qui emploie le télégraphe pour la transmission d'une déclaration de volonté, le fait en vue des avantages qu'offre

ce mode de transmission, n'est-il pas juste qu'il en subisse les inconvénients, qu'il assume les risques que comporte son emploi ? C'est dans son intérêt qu'il emploie ce mode de transmission : si ça tourne mal, que ce soit à ses frais.

Cette observation est juste, mais il ne faut pas en exagérer la portée.

On a fait remarquer d'une manière générale que le destinataire d'une dépêche télégraphique, en agissant conformément à la mission qu'il reçoit, approuve, par là même, le choix du moyen dont on fait usage pour la lui transmettre (1).

Évidemment ceux qui adoptent cette théorie doivent admettre une restriction pour le cas où le contrat est tout entier dans l'intérêt de l'expéditeur (nous assimilons à ce cas, celui où le destinataire n'a pour tout intérêt au contrat qu'un salaire à toucher), et où l'emploi du télégraphe est ainsi tout entier dans l'intérêt de l'expéditeur. Le destinataire n'a pas à apprécier l'opportunité du recours au télégraphe lorsqu'il ne s'agit, dans le contrat, que de l'intérêt de l'autre partie ? Ce serait se faire juge des affaires d'autrui. D'ailleurs l'intérêt général n'est-il pas que l'expéditeur dans ce cas réponde de l'erreur de transmission ?

Certes, car l'intérêt de celui qui donne un ordre pour son affaire propre est de voir exécuter cet ordre ; pour atteindre ce résultat, le donneur d'ordre ou expéditeur de la dépêche est prêt à courir les faibles risques d'une erreur de transmission dans l'espoir d'un gain considérable. Sans cela, le destinataire, qui n'a pas d'intérêt proportionné aux risques qu'il courrait, se croiserait les bras.

Mais ceux qui refusent l'action songent surtout à des contrats formés dans l'intérêt de l'expéditeur et du destinataire à la fois. Et ici la question devient plus complexe.

Faut-il toujours accorder l'action au destinataire ? ou faut-il parfois la lui refuser, laissant ainsi les risques à sa charge ?

(1) (Sic Serafini, § 52 ; Hepp. rev. de droit comm. 1864, p. 133 ; Bordeaux, 4 fév. 1870. tr. comm. Nantes, 1885). Ces auteurs concluent à l'irresponsabilité de l'expéditeur.

D'après M. Legros, il faudrait toujours accorder l'action. Nous penchons, quant à nous, pour une solution contraire.

Lorsque le contrat est conclu dans l'intérêt d'un seul des contractants, à lui tous les risques. Lorsqu'il est conclu également dans l'intérêt des deux contractants, alors il faudra se montrer plus exigeant sur l'idée de faute. Chaque contractant sera astreint à la plus extrême diligence, et s'il est possible de relever à la charge de l'une des parties une faute, si légère soit-elle — l'absence d'une précaution, même exorbitante des usages courants, mais dont un homme très prudent aurait dû s'aviser, — alors celui-là devra supporter le préjudice. M. Valéry a mis (1) très bien en lumière cette idée et il en a fait l'application à une espèce intéressante.

Un négociant parisien avait vendu, par l'entremise de son correspondant à Amiens, des laines à un acheteur de cette ville. Il avait donné l'ordre de vente et fixé le prix par télégramme. Le prix qu'il demandait et qu'il avait écrit sur la minute de la dépêche était de 165 francs. Le télégraphe se trompa : la dépêche reçue par le correspondant portait le chiffre 140 au lieu du chiffre 165. Le commissionnaire traita donc à ce prix avec l'acheteur. L'affaire vint devant la cour d'Amiens (2), qui déclara le contrat nul : « l'acte fait par un mandataire en vertu d'une copie du mandat erronée doit être considéré comme non avenu s'il dépasse les pouvoirs déterminés par l'original même du mandat qui lui avait été donné ; ces principes doivent recevoir leur application, non seulement entre le mandant et son mandataire, mais aussi à l'égard des tiers envers lesquels le mandant ne peut jamais être engagé au delà des termes du mandat qu'il a réellement donné. » Le commissionnaire et l'acheteur avaient fait l'un et l'autre des frais pour ce contrat. N'avaient-ils pas droit au remboursement de ces frais ? n'avaient-ils pas droit à une indemnité ? la cour la leur refusa pour la raison que l'erreur provenait « d'un fait auquel le mandant était entièrement étranger et qu'on ne pouvait lui imputer de ne

(1) Valéry. Contrats par correspondance, p. 346 et suivantes.

(2) Amiens, 11 mai 1854. — D. 592, 147.

l'avoir pas prévenu par le moyen peu usité de la recommandation. » Cette solution est regrettable. D'abord en ce qui concerne le commissionnaire : le commissionnaire est un salarié, à salaires proportionnels il est vrai, mais un salarié. Il ne doit donc encourir aucun risque au contrat. Son mandant doit l'indemniser. C'est ce qu'avait bien compris le tribunal de Cologne, dans l'affaire dont nous avons déjà parlé plusieurs fois. — En ce qui concerne l'acheteur, M. Valéry fait observer que l'erreur aurait été évitée si le vendeur avait écrit le prix en toutes lettres. Il a omis cette précaution. Il en est donc responsable. On répond qu'il est rigoureux de dire que le vendeur est en faute de n'avoir pas pris cette sage mesure (1). Certes il n'y a pas là une faute lourde. Mais de la faute très lourde, *crassa et supina negligentia*, à l'absence absolue de *faute*, il y a des degrés, il y a un processus continu. Avant les cas fortuits, il y a les fautes infiniment petites. C'est, si l'on veut, un de ces infiniment petits d'imprudence que nous relevons ici à la charge de l'expéditeur de la dépêche.

Cependant il y a des hypothèses où, quelque dextérité qu'on ait à démêler la faute même excessivement légère, on n'en trouve pas trace. M. Valéry en a fourni lui-même un exemple dans l'espèce suivante : un habitant de Melle, commune du département des Deux Sèvres, avait fait une commande télégraphique à un négociant en le priant de répondre par la même voie avant midi. — Ainsi fait le négociant. Mais sa réponse expédiée à 10 h. 30 prend une fausse direction. Elle n'arrive à Melle qu'à 7 heures du soir. L'acheteur s'était déjà pourvu ailleurs, il refuse l'acceptation tardive du négociant. Celui-ci lui intente une action en dommages-intérêts devant le Tribunal de commerce de la Seine. Il est débouté (2). On est bien obligé de reconnaître, et c'est ce que fait M. Valéry, qu'il n'y a ici aucune espèce de faute, ni de part ni d'autre. M. Valéry en conclut que le dommage résultant d'un pur cas fortuit doit retomber sur celui qui l'éprouve. Nous observons que

(1) Legros, *op. cit.*, page 240.

(2) Trib. comm. Seine, 12 déc. 62. — Le Droit, 24 fév. 1862.

le contrat est conclu également, ici, dans l'intérêt des deux parties. Nous avons dit quelle solution nous préconiserions dans cette hypothèse : partager les risques. — C'est aussi cette solution que propose M. Valéry. Mais si on refuse de nous suivre **sur ce terrain**, il faut, à notre sens, refuser nettement l'action.

Nous avons donné un si long développement à l'étude de l'erreur télégraphique, parce qu'il nous a semblé que c'était l'hypothèse la plus pratique possible du malentendu provenant d'un pur cas fortuit, du malentendu absolument net de toute faute des contractants. Mais nous n'avons appliqué à la solution des espèces examinées que des règles déjà formulées. C'est à ces mêmes règles qu'il faudrait se référer s'il se présentait, en dehors d'une erreur télégraphique, des malentendus ne provenant pas d'une faute.

32. Erreur sur l'existence de la volonté de contracter. — Reste à examiner les hypothèses où il y a absence absolue de volonté de contracter chez l'un des deux contractants apparents. C'est le cas de la plaisanterie et de certains abus de blanc-seing. La plaisanterie offre peu de difficulté. Celui qui plaisante mal à propos commet une faute dont il doit répondre quasi-ex-delicto. On est dans les termes de l'art. 1382 du Code civil.

Il peut en être autrement pour certains abus de signature. Nous avons cité, à titre d'exemple, d'après Ihering, la lettre de change qu'un répétiteur de droit rédigerait pour servir de modèle à un étudiant à qui il expliquerait le mécanisme de cet effet de commerce, que celui-ci garderait par devers lui et qu'il mettrait ensuite en circulation,

Le porteur de bonne foi aurait droit de se faire rembourser, par le répétiteur, au moyen de notre action, ce qu'il aurait versé en paiement de la fausse traite. Le répétiteur aurait commis une imprudence en laissant la formule rédigée entre les mains de l'étudiant. On a prétendu qu'il serait excessif de voir là une faute : Le répétiteur « ne serait-il pas plutôt victime, a-t-on dit, de la confiance trop grande qu'il aurait eue en son élève (1). »

(1) Legros, *op. cit.*

La mise en circulation de la lettre de change pouvait être prévue, et évitée par le signataire. On dit qu'il a été victime de sa bonne foi. N'est-ce pas commettre une faute que de mal placer sa confiance? faute lourde si on s'est fié à une personne que l'on devait savoir suspecte, faute moins grave, mais lourde encore si on s'est fié au premier venu, faute légère si on s'est fié à une personne dont on pouvait légitimement se croire sûr : mais faute, toujours, et alors surtout qu'il n'y avait nul besoin de se fier à personne.

Passons du manque absolu de volonté ou de concordance des volontés, aux cas où la déclaration correspond bien à la volonté, mais où la volonté elle-même est atteinte d'un vice.

33. Vices du consentement. Erreur, dol et contrainte. — Il y a deux vices du consentement : l'*erreur* et la *contrainte*.

Le contrat obtenu par contrainte est annulable. La partie dont la volonté a été contrainte a seule le droit de demander la nullité. Il va de soi que si la violence ou la menace qui l'a forcée à traiter, vient de l'autre partie, celle-ci est responsable d'un fait qui constitue un délit civil et qui constituera quelquefois un délit pénal.

Si la violence vient d'un tiers, le contrat n'en est pas moins nul. Mais la partie qui a profité de la violence ne sera responsable de la nullité que si elle en a eu connaissance ou si elle est en faute de ne pas en avoir eu connaissance.

Si la personne qui a profité de la violence est tout à fait de bonne foi, il y a lieu de se demander si ce n'est pas elle qui aurait le droit dans certains cas à une indemnité pour intérêt négatif. Nous pensons qu'il faut distinguer : si la violence a été exercée dans son intérêt quoique à son insu, elle n'aura rien à réclamer. Si, au contraire, elle a eu pour but principal de léser l'autre partie ou de procurer un avantage personnel à l'auteur de la violence, on pourrait admettre des dommages-intérêts pour *negative interesse*. Par exemple un brigand vous a ordonné d'acheter de vos deniers tel immeuble où il prétend s'installer : le contrat sera nul, même à l'égard du vendeur, car il n'est pas douteux qu'il est le fruit d'un consentement vicié. Mais si le vendeur ignore les circonstances

de l'achat, il aura droit à des dommages-intérêts pour intérêt négatif. Tout cela est plus théorique que pratique. Pratiquement la personne contre qui on intente l'action en nullité pour contrainte sera ordinairement en faute : en effet le contrat offrira généralement pour elle des avantages qui auraient dû éveiller son attention.

L'erreur n'est une cause de la nullité de la convention que lorsqu'elle tombe sur la substance de la chose qui en est l'objet, ou sur la personne avec laquelle on avait l'intention de contracter dans les cas où la considération de cette personne est la cause principale de la convention (article 1110, C. civ.).

Les parties se sont-elles expliquées sur la substance de la chose ou l'identité de la personne ? Alors ou il y a *dol* de la part de l'une d'elles, ou il y a *erreur commune*. S'il y a *dol* la situation est nette, la partie victime du *dol* a le droit d'opter entre la résolution et le maintien du contrat ; dans les deux cas elle aura droit à des dommages-intérêts. Dans le cas où elle opterait pour la nullité, les dommages-intérêts dépasseront l'intérêt d'exécution du contrat. En effet, si elle demande la nullité, c'est que la valeur promise ou fournie par elle en échange de celle qu'elle voulait obtenir est supérieure à cette dernière. Donc le fait pour la victime du *dol* de restituer la chose reçue pour reprendre la chose donnée, ou de libérer son débiteur pour se libérer elle-même (et c'est pratiquement à l'une de ces deux opérations que reviendra la rescision du contrat), au lieu de lui occasionner un dommage, est pour elle avantageuse. Ce qui lui porterait tort, ce n'est pas la nullité du contrat, c'est son exécution. Il ne s'agit plus là, on le comprend, de notre action pour intérêt négatif. Ce n'est plus par une exception qu'on opposera à l'action en nullité qu'on fera valoir son droit, ni par une demande subsidiaire à l'action en exécution de contrat : c'est par une action principale ou une exception qu'on opposera à l'action en exécution de l'autre partie.

Toutefois l'action supplémentaire en dommages-intérêts de la victime du *dol* offre ceci de commun avec la nôtre, qu'elle permettra de répéter les frais faits pour le contrat, et même l'avantage qu'on aurait pu retirer d'un autre contrat que l'on aurait conclu à

la place du premier. Par exemple, Primus, marchand de tableaux, vend à Secundus, qui tient à avoir un Téniers dans sa collection, un Téniers pour un prix A. Secundus refuse, plus tard, d'acheter un autre tableau de Téniers qu'un collectionneur, pressé d'argent, Tertius, lui offre pour un prix A' inférieur à A", prix d'estimation du tableau. Il se trouve que le tableau vendu à Secundus est apocryphe. La conclusion du premier contrat en détournant Secundus de l'achat du second tableau l'a privé du gain A"—A'. Il pourra demander des dommages-intérêts pour ce gain manqué.

Au cas même où la victime du dol opérerait pour le maintien du contrat, elle pourrait exercer une action en réduction de sa propre prestation. Mais ce n'est plus là notre action en responsabilité.

Ces solutions relatives à l'erreur dolosive sur la substance de l'objet, s'appliquent aussi à l'erreur dolosive sur les motifs du contrat. On sait que l'erreur sur les motifs du contrat, ordinairement indifférente à sa validité, devient rédhibitoire lorsqu'elle est le fruit du dol de l'autre partie. On applique alors les mêmes règles que pour l'erreur substantielle. Nous ne reviendrons pas sur ce point.

34. *L'erreur peut avoir été commune aux deux parties.* Dans ce cas, s'il s'agit d'une erreur sur les qualités juridiques ou matérielles d'un objet, c'est le propriétaire de la chose sur laquelle on a erré qui sera généralement responsable. Par exemple, vous me vendez, comme en or, des chandeliers que vous croyez tels et qui sont réellement en laiton. Vous en serez responsable. Le propriétaire doit connaître sa chose.

On peut imaginer tel cas où ce lui sera difficile. Je n'en vois guère pratiquement, en matière d'erreur substantielle, la possibilité que dans des cas très spéciaux par exemple, l'erreur sur l'auteur d'une œuvre d'art. Il peut être absolument injuste de faire peser une pareille erreur sur le propriétaire. Voici, par exemple, un tableau qu'on a toujours attribué à Raphaël ou à Andréa del Sarto. C'est la manière et, semble-t-il, la maîtrise de l'auteur pré-

sumé ; les critiques, les amateurs d'art, les experts, le public tout entier s'y sont toujours trompés. Ce tableau est vendu par Primus, qui lui-même l'a acheté comme un Raphaël ou un del Sarto, à Secundus. Lorsque le tableau est aux mains de Secundus, il est reconnu apocryphe. Des documents historiques permettent d'établir nettement qu'il est l'œuvre d'un autre peintre, dont les toiles se vendent moins cher. Cette découverte, si elle n'ôte au tableau rien de sa valeur artistique, lui enlève beaucoup de sa valeur marchande. Secundus pourra-t-il recourir contre Primus ? Nous ne le pensons pas. Certes, en principe, le propriétaire d'une chose lorsqu'il la vend doit la connaître.

Mais cette règle s'applique-t-elle ici ? Nous ne le croyons pas. D'abord, en l'espèce, le vendeur n'a pas plus de raison de découvrir le véritable auteur du tableau que l'acheteur. Puis la vente est faite telle quelle. C'est pour ainsi dire du contrat lui-même que résulte ici l'irresponsabilité. Supposons un instant une hypothèse contraire : un tableau attribué à un anonyme de l'école italienne, vendu par Primus à Secundus et qu'on reconnaît l'œuvre de Raphaël pendant que Secundus l'a entre les mains ; celui-ci admettrait-il une action en augmentation de prix de la part de Primus ? On le voit, il s'agit ici d'un cas exceptionnel et d'une irresponsabilité conventionnelle.

Ordinairement le déclarant doit répondre de sa déclaration : il doit connaître l'objet sur lequel porte sa déclaration. Il sera en faute de ne l'avoir pas connu. Mais s'il n'est pas en faute, il ne sera pas responsable. Nous développerons plus longuement ces idées en parlant des contrats nuls pour incapacité de l'objet.

Si les parties ne se sont pas expliquées sur la substance, tant pis pour celui qui a fait une déclaration incomplète. Nous avons déjà examiné ce cas plus haut (Voir n° 29).

S'il fallait résumer brièvement tous ces développements, nous ferions remarquer que nous sommes revenus à notre point de départ qui est la théorie générale que nous avons exposée. Nous

avons montré que les art. 1382 et 1383 du Code civil suffiront généralement à fonder des sentences équitables. Le principe « où vont les gains, doivent aller les risques » pourra, subsidiairement, être dans de nombreux cas de nullité, la source de l'action en responsabilité pour intérêt négatif.

En dehors de cela (et sous réserves de cas spéciaux que pour nous nous n'avons pas pu imaginer, mais que des imaginations plus éveillées et peut-être la pratique qui a quelquefois plus d'imagination que les plus subtils jurisconsultes, pourraient fournir), nous n'hésitons pas à refuser l'action.

« Mais cette recherche, c'est au défendeur d'en fournir les éléments : c'est à lui de démontrer qu'il est exempt de faute. Du fait même qu'il a affirmé une qualité de l'objet, il est présumé avoir été plus à même que l'autre partie de connaître cet objet. Toutefois c'est une présomption juris tantum. »

L'art. 122 du nouveau Code civil allemand, — subissant l'influence des polémiques doctrinales que sa rédaction a soulevées — consacre la théorie contraire. D'après cet article, le déclarant répond des erreurs qui se glissent dans sa déclaration même sans sa faute. Si les deux parties « sont toutes deux innocentes, le recevant est encore moins coupable que le déclarant et le risque doit retomber sur le déclarant qui a occasionné le dommage plutôt que sur l'autre partie qui est demeurée passive. » Nous avons dit de quelle façon nous concevions la faute. Il faut rechercher la négligence jusque dans les plus infimes circonstances des faits. Il faut exiger du déclarant la plus extrême diligence. Il faut chercher la faute où elle est, si loin que mène la recherche et si délicate qu'elle soit. Si légère que paraisse la faute, dès qu'elle existe, elle entraîne responsabilité.

Mais si toutes ces investigations n'aboutissent pas ; si décidément le déclarant n'a commis absolument aucune faute, il est irresponsable. Si sa *culpabilité*, pour employer le mot qu'emploient MM. Gieke et Legros, est égale à zéro, peut-on dire que « le recevant est encore moins coupable que le déclarant ? »

On argumente aussi de ce que le recevant a eu confiance en la

déclaration. Mais le déclarant a eu confiance aussi. En quoi la confiance de l'un est-elle plus légitime et plus digne d'intérêt que celle de l'autre ? C'est ce qu'il faudrait expliquer et qu'on n'explique pas.

35. Erreur sur l'existence de l'objet. — En ce qui concerne l'erreur sur l'existence de l'objet, l'article 1601 stipule que, « si au moment de la vente, la chose était périée en totalité, la vente serait nulle ». Y aura-t-il lieu à notre action ? Oui, si le vendeur a commis une faute, si légère soit-elle.

On se montrera très rigoureux dans l'appréciation de la diligence du vendeur.

Mais s'il n'y a à sa charge aucune faute, même très légère, il ne pourra être tenu d'indemniser l'acheteur. Par exemple si le cheval Bucéphale dont je venais de recevoir d'excellentes nouvelles à l'instant même où je le vendais est mort entre le moment où ces nouvelles ont été expédiées et celui où je les ai reçues, je ne serais pas en faute. Outre que nous ne voyons pas la raison de faire supporter ici le préjudice au vendeur, nous apercevons au contraire une considération qui pourra consoler l'acheteur du préjudice subi : en effet, si le cheval était mort quelque temps après, ou si nous avions contracté quelque temps avant, la perte eût été pour l'acheteur. Celui-ci n'a donc qu'à s'estimer heureux que le contrat ait été fait un peu trop tard. Nous appliquerons ces solutions, le cas échéant, à tout autre contrat que le contrat de vente.

36. Erreur sur la capacité juridique de l'objet. — L'erreur sur la capacité de l'objet comporte une étude spéciale et attentive.

Le propriétaire d'une chose doit connaître et la chose même et l'étendue du droit qu'il a sur elle. La disponibilité des biens est la règle générale ; l'indisponibilité, l'exception. Celui qui veut acheter, prendre à bail ou faire tout autre contrat relativement à un bien, ne peut pas ordinairement savoir s'il est ou non indisponible. La disponibilité des biens étant le droit commun, généralement il ne se doutera même pas de l'incapacité de l'objet du contrat. Il en est tout autrement du propriétaire. L'indisponibilité étant

l'exception, se rattachera généralement à quelque fait précis que le propriétaire connaîtra ou devra connaître. Son ignorance sera par conséquent fautive.

L'article 1599 du Code civil a fait une application de cette manière de voir à la vente de la chose d'autrui. Aux termes de cet article, la vente de la chose d'autrui est nulle et donne lieu à des dommages-intérêts lorsque l'acheteur ignorait que la chose fût à autrui. Ces dommages-intérêts ne comprennent pas seulement l'intérêt négatif, mais aussi l'intérêt d'exécution (art. 1630 et 1633).

Convient-il d'étendre aux autres hypothèses de nullité pour défaut de l'objet, particulièrement aux nullités de conventions ayant pour objet des choses hors de commerce, les solutions des articles 1630 et 1633 ? Pour résoudre cette question, nous ne croyons pas absolument nécessaire de déterminer si la vente de la chose d'autrui est nulle ou simplement résoluble (1).

(1) M. Legros toutefois paraît le contester. V. note ci-dessous.

A notre avis, elle est résoluble. C'est la doctrine de notre ancien droit : « Les interprètes du droit romain, dit Pothier, qui ont écrit avant Dumoulin ne reconnaissaient dans les conclusions secondaires de l'action ex-empto, en cas de défaut de tradition et en cas d'éviction, qu'un seul objet, savoir la condamnation à la somme à laquelle devait être estimé l'intérêt présent qu'a l'acheteur d'avoir la chose qui ne lui a pas été délivrée ou dont il a souffert éviction. De ce principe, ils tiraient cette conséquence que si, eu égard à l'état présent de la chose vendue qui depuis le contrat serait considérablement diminuée de prix, l'estimation de l'intérêt qu'a l'acheteur d'avoir cette chose était portée à une somme au-dessous du prix pour lequel elle avait été vendue, le vendeur ne devait rendre que cette somme et pouvait retirer le surplus du prix .. Dumoulin, qui a mieux approfondi cette matière qu'aucun interprète, dans son *Eo quod interest*, N^{os} 68, 69, etc., réfute cette opinion et enseigne que l'action ex-empto in id quod interest, en cas de défaut de tradition de même qu'en cas d'éviction a deux objets : le principal est la restitution du prix qui a été payé, ou la décharge de celui qui serait encore dû ; le second est le paiement de tout ce que l'acheteur souffre par le défaut de tradition ou par l'éviction.

» Conséquence : le quod interest peut être supérieur au prix, non inférieur.

» La raison est qu'il est de la nature de tous les contrats commutatifs et synallagmatiques, tel qu'est le contrat de vente, que l'une des parties ne contracte son engagement qu'à la charge que l'autre partie ne manquera pas au sien. C'est pourquoi, n'ayant contracté envers mon vendeur l'engagement de lui payer le prix qu'autant qu'il ne manquerait pas au sien, et

Pour nous, la vente des choses d'autrui est résoluble. La vente

mon vendeur y ayant manqué par le défaut de tradition, ou faute de me défendre de l'éviction que j'ai souffert, l'obligation que j'avais contractée envers lui de lui payer le prix, de même que le droit qui résultait à son profit de son obligation, se résolvent. » (Pothier, Cont. de Vente, n° 69).

Voilà qui est décisif. L'art. 1631 du C. civ. réfléchit certainement l'idée de Pothier. Pourquoi dès lors supposer que dans l'art. 1599 il ne s'agit plus d'une action en résolution, mais d'une action en nullité ?

M. Legros, qui croit la vente de la chose d'autrui *nulle*, et non pas résoluble, va nous le dire : « Il est un cas où la conception de l'ancien droit a été modifiée : c'est le cas où le vendeur a livré une chose dont il n'est pas propriétaire ; le nouveau principe consacré par le législateur français relativement au transfert de propriété devait introduire un nouveau changement dans la matière de la garantie... »

D'après l'art. 1138 la propriété se transfère entre les parties par le seul effet de la convention ; or si la vente n'a pas, il est vrai, pour objet direct l'obligation de procurer la propriété, cette obligation en est néanmoins l'objet indirect et éloigné, puisque le vendeur est responsable de l'éviction de l'acheteur par le propriétaire de la chose vendue. Aussi les rédacteurs du Code civil l'assimilèrent à un aliénateur, et considérèrent, en vertu du principe que nous avons rappelé, que la vente elle-même réalisait cette aliénation ; la vente de la chose d'autrui devrait donc être nulle, puisque le contrat est devenu un mode d'acquisition de la propriété et qu'il est impossible de dare rem alienam. » (Legros, p. 125-126).

L'art. 1138 ne commande pas la nullité de la vente de la chose d'autrui. Dans l'ancien droit, déjà au temps de Pothier, il était d'usage à peu près courant d'adjoindre aux contrats de vente une clause de dessaisine-saisine qui produisait à peu près exactement le même effet que l'art. 1138. Nous n'avons lu nulle part que l'adjonction de cette clause — qui était de style — à la vente rendit la vente de la chose d'autrui nulle.

Qu'a donc l'art. 1138 d'incompatible avec le système de la résolution ? Rien. Qu'on dise qu'ordinairement la vente contient deux choses : 1° un contrat, 2° un transfert de propriété : Soit. Qu'on ajoute que dans le cas de vente de la chose d'autrui le transfert de propriété ne se produit pas, car on ne peut aliéner ce dont on n'est pas propriétaire, soit encore ; mais le transfert immédiat de la propriété n'est pas l'élément essentiel du contrat de vente.. Il n'en est qu'une conséquence. Si donc, pour une cause quelconque, ce transfert est impossible, le contrat peut demeurer néanmoins valable.

Voilà la logique juridique. Rien de contraire dans les textes. Fût-il établi que les rédacteurs du Code civil, qu'on a invoqués là-contre, n'ont pas vu les choses ainsi, cela ne prouverait rien. La volonté du législateur n'a de force que versée au moule légal.

Mais réellement les rédacteurs du Code ont-ils entendu transformer l'action en résolution de notre ancien droit en une action en nullité ?

On cite en ce sens les paroles de Faure : « C'est au propriétaire même

d'une chose hors du commerce, d'une succession future, d'un bien

à vendre la chose si bon lui semble ; mais pour celui qui ne l'est pas, la seule obligation qui dépende de lui consiste en dom.-int. C'est par une pure subtilité qu'on l'appelle vendeur, car si le même jour où celui-ci vend, le propriétaire vendait, il faudrait donc dire qu'il y a deux ventes, ce qui serait absurde. » Loqué, XIV, p. 241, cité par Legros, p. 126. Cette sentence est si sommairement et si mal motivée que nous hésitons à croire qu'elle exprime une pensée réfléchie. Les paroles de Grenier au Corps législatif, citées également par M. Legros (p. 126), ne sont pas plus décisives.

Quelles objections peut-on faire à la théorie de la résolution ? Dira-t-on que l'art. 1184 comporte, pour le créancier de l'obligation non acquittée, une alternative, — maintien du contrat, résolution, — tandis que l'art. 1599 ne donne à l'acheteur qu'un droit à des domm.-int. pour nullité de contrat ? Ce serait une erreur. L'acheteur pourrait très bien, au lieu de demander la résolution de la vente, en demander l'exécution. Mais comme ce serait une obligation de faire, il ne pourrait obtenir que des dommages-intérêts. Ces domm.-int. se confondant en l'espèce, avec ceux de l'art. 1599, pratiquement les deux actions n'en font qu'une. Théoriquement, toutefois, le droit de demander l'exécution du contrat subsiste.

Dira-t-on que le système de la nullité permet d'accorder au vendeur le droit de demander aussi la résolution, et que cela peut être équitable dans certains cas ; par exemple si le vendeur a vendu la chose d'autrui par erreur et s'il désire restituer au propriétaire ? Observons que, pour cette hypothèse, le système de l'annulabilité serait en défaut. Il faudrait adopter le système de la nullité radicale. Mais la théorie de la résolution nous permet d'accepter, pour ce cas, la même solution. Le vendeur n'aura qu'à se présenter comme *gérant l'affaire* du propriétaire et à exercer la revendication au nom de celui-ci. L'action en garantie ne pourra lui être opposée que pour l'empêcher de retenir la chose d'autrui par devers lui, mais non en tant que gérant l'affaire du propriétaire véritable.

Il importe assez peu après cela que la loi déclare la vente de la chose d'autrui *nulle* et non pas *résoluble*. Ce que l'article 1599 a entendu viser en parlant de nullité, c'est le *transfert de propriété* et non la *convention*.

Il est si vrai que l'action en dommages-intérêts est une action pour inexécution d'une vente valable que la loi accorde au vendeur l'intérêt positif.

M. Legros a l'air de le contester en partie : quelle indemnité la garantie due par le vendeur d'une chose inexistante fait-elle obtenir ? « Est-elle équivalente, cette indemnité, à l'intérêt positif ou à l'intérêt négatif ?

» D'abord il est certain qu'elle ne représente pas l'intérêt positif, puisque la vente étant nulle, l'acheteur n'est pas admis à en réclamer l'exécution, sous forme d'équivalent pécuniaire. Aussi l'indemnité comprend-elle en premier lieu la restitution du prix payé par l'acheteur, ainsi que les différents frais, par lui déboursés, dans la formation du contrat : c'est le premier des deux éléments dont se compose l'intérêt négatif, c'est-à-dire la perte éprouvée.

» Mais en ce qui concerne le gain manqué, la loi applique les principes

indisponible est, au contraire, nulle. On comprend, par conséquent, que la vente de la chose d'autrui donne lieu à des dommages-intérêts

relatifs à l'intérêt d'exécution ; elle accorde en effet à l'acheteur, non pas le gain qu'il aurait réalisé dans une opération avantageuse dont il a été détourné par sa croyance erronée de la validité de la vente, mais le gain qu'il aurait réalisé par suite de la vente elle-même supposée valable. » (Legros, pages 132 et 133).

La deuxième partie de ce raisonnement contredit formellement la première. L'intérêt positif comprend comme l'intérêt négatif deux éléments : *damnum emergens*, *lucrum cessans*, perte subie, gain manqué (art. 1149). De ces deux éléments, le premier est fixe. Qu'il s'agisse d'intérêt positif ou négatif, le *damnum emergens*, est ce qu'il est ; le deuxième élément *lucrum cessans*, est seul susceptible de varier. Or ici il est identique. Comment soutenir après cela que, si l'indemnité de l'art. 1599 n'est pas l'intérêt négatif, elle n'est pas non plus simplement l'intérêt positif ?

A moins que M. Legros ne pense que les dommages-intérêts pour inexécution de contrat ne peuvent jamais dépasser l'intérêt positif, ou estimation en argent de l'équivalent, — même lorsque l'intérêt qu'on avait à ne pas contracter est supérieur à l'intérêt positif, ce qui peut arriver. Par exemple, vous me vendez 100,000 fr. ce qui vaut 50,000. Vous ne livrez pas. Ne pourrais-je réclamer que 50,000 ? C'est bien ainsi qu'est calculée l'indemnité de la garantie d'éviction partielle (art. 1637 C. civ.). Mais ce n'est pas là le droit commun des dommages-intérêts pour inexécution de contrat. L'article 1184 donne expressément le choix entre deux partis : se faire rendre le prix et les frais si on a fait mauvaise une affaire, se faire allouer s'il y a lieu indemnité pour le surplus.

L'important, c'est que M. Legros constate que l'art. 1599 n'accorde pas seulement une indemnité pour l'intérêt négatif, mais bien une indemnité correspondant effectivement à l'intérêt d'exécution. Il lui faut expliquer pourquoi. Il donne deux raisons : l'une théorique, « la première, c'est que l'indemnité prévue par l'art. 1630 étant une indemnité due pour résolution d'une vente valable par l'éviction de l'acheteur, le législateur a maintenu ce caractère lorsque l'action en garantie cesse d'être une action en résolution pour devenir une action en nullité de la vente. » (Page 133).

Cette raison est au fond un hommage à notre théorie.

L'autre est moins bonne. C'est une raison pratique : « Il sera pratiquement difficile d'évaluer le gain rapporté par une opération qui aurait dû être conclue par le contractant s'il ne s'était pas prêté à la formation d'un contrat nul. » (Page 134).

Nous avons vu (ci-dessus, n° 22) que, dans la pratique, il ne sera, en effet, pas toujours facile de déterminer exactement le montant de l'intérêt négatif. Nous avons même pensé que, dans certains cas, surtout si la responsabilité vient d'un dol, le juge, en l'absence d'une base d'appréciation sûre de l'intérêt négatif pourrait accorder tout l'intérêt d'exécution. Admettons que géné-

d'inexécution ; mais il n'y a pas de raison d'étendre les règles des articles 1630 et 1633 aux autres ventes annulables. De cette solution, nous prétendons donner d'ailleurs une raison, moins générale, plus concrète et plus immédiate que la différence théorique de la nullité et de la rescision.

Le système de l'art. 1599 manque de souplesse. Il soumet le vendeur de la chose d'autrui à une responsabilité qui peut quelquefois être très lourde. Admettons qu'un immeuble vendu 100.000 francs, frais compris, vienne, par suite de la construction par l'État ou par la commune d'une route qui en rendra l'accès plus facile, à acquérir une valeur de 200.000 francs, puis que l'acheteur de cet immeuble se trouve évincé par une action en revendication. Il aura le droit de demander à son vendeur une somme de 200.000 francs (art. 1633). Il n'aura cependant déboursé que 100.000 francs. Il est vrai que ces 100.000 francs ne représentent que la perte matérielle. Le préjudice total est plus fort : il comprend une somme correspondant au bénéfice que l'acheteur aurait retiré d'une autre opération ? Certes et si celui-ci est en mesure de prouver qu'il aurait pu avec cet argent faire un placement qui aurait donné un bénéfice, il sera parfaitement juste qu'il soit indemnisé de la perte de ce bénéfice. Dans le cas contraire il n'aura droit qu'au remboursement du prix et des intérêts.

Cette preuve de l'intérêt négatif, dira-t-on, sera difficile à faire. Ordinairement l'acheteur n'aura aucune idée du placement qu'il aurait fait au lieu et place de l'achat d'immeuble qui se trouve résolu. Il ne pourra donc établir le montant du bénéfice qu'il aurait retiré, et que l'achat d'un fond *a non domino* lui aura fait perdre. Mais si le placement est tout à fait indéterminé, qui peut dire qu'il

ralement, en cas de vente de la chose d'autrui, il soit impossible de déterminer l'intérêt négatif, et que le législateur le fixe pour tous ces cas là à priori au taux même de l'intérêt positif. Mais dans bien des cas cette preuve pourra se faire. Or l'art. 1599 permet de poursuivre l'intérêt d'exécution même dans ces cas-là.

Il n'y a donc pas d'autre explication de cette solution que la validité de la vente. V. dans le sens de la validité de la vente, mais avec quelques modifications théoriques, Vigé, cours de dr. civil (Tome III, N° 693).

aurait donné un bénéfice. La rapide plus-value d'un immeuble ou d'une valeur achetée est un fait anormal, sur lequel on ne doit pas compter. Il y a bien, il est vrai, des valeurs sujettes à ces plus-values, mais elles comportent des risques de pertes correspondants. On ne sait s'il y a véritablement gain manqué pour l'acheteur. On ne sait même pas s'il n'aurait pas, à défaut de ce placement, fait un placement qui l'aurait mis en perte. Pourquoi alors lui accorder une indemnité et pourquoi surtout porter cette indemnité à son maximum, c'est-à-dire à une somme représentative de l'intérêt d'exécution.

— Il y aurait là, à tout prendre, un avantage pour l'acheteur.. Couvert de tout risque par son droit au remboursement du prix et des frais, l'acheteur n'aurait pour lui que les bonnes chances. Le vendeur que les mauvaises. Il devrait non seulement réparer le préjudice causé, mais quelquefois procurer de sa poche un bénéfice injustifié à l'acheteur.

Serait-ce toujours juste ? Certes, si le vendeur est de mauvaise foi, tant pis pour lui. Si, sans être de mauvaise foi, il a commis une faute lourde en ignorant que la chose ne lui appartenait pas, ce sera encore juste. Mais si comme cela arrive quelquefois le vendeur n'est pas en faute, ou n'a commis qu'une faute très excusable (ce qui est possible, étant données certaines règles de notre droit civil, telle que par exemple celle de la suspension de la prescription au profit des incapables), cette responsabilité rigoureuse sera-t-elle légitime ? Nous ne le pensons pas. Nous nous en référons sur ce point à ce que nous avons dit au sujet de la *preuve* du bénéfice perdu (ci-dessus, n° 22) : on se montrera plus ou moins rigoureux sur ce point, suivant qu'il y aura dol, faute lourde, faute légère ou simple responsabilité des risques. Pour le vendeur de mauvaise foi, nous voulons bien que l'on tienne que du moment qu'un placement aussi avantageux aurait pu être fait, nous voulons bien que l'on tienne pour certain que l'acheteur l'aurait fait. Mais quand il s'agit d'un vendeur de bonne foi, victime d'une erreur excusable, nous pensons qu'il suffirait de lui faire rembourser le prix et les frais. Quant au gain manqué nous ne l'en rendrons

responsable que lorsque ce gain manqué serait nettement établi.

Ce système plus souple que celui de l'art. 1633 nous ne pouvons l'admettre en ce qui concerne la vente de la chose d'autrui. Nous sommes liés par la loi. Mais convient-il d'étendre la portée de ce texte au-delà de l'hypothèse qu'il a précisément en vue ? Convient-il d'assimiler sur ce point la vente d'une chose hors du commerce à la vente de la chose d'autrui ?

Nous ne le pensons pas.

Si le législateur a adopté une solution aussi rigoureuse en ce qui concerne la vente de la chose d'autrui, c'est parce qu'il a pris cette solution dans notre ancien droit et dans le droit romain qui considéraient la vente de la chose d'autrui l'un comme une vente résoluble, l'autre comme une vente valable en principe. C'est aussi parce que cette hypothèse est particulière. La vente de la chose d'autrui n'est pas impossible par elle-même. Elle est simplement, si l'on veut la considérer comme nulle, entachée d'erreur. La vente d'une chose hors du commerce est *impossible*. La loi s'y oppose avec la dernière énergie.

On voit donc qu'il ne faut pas appliquer les règles de l'indemnité d'éviction à la matière des nullités de ventes (ou de tous autres contrats) portant sur une chose hors de commerce. Ces nullités-là sont des nullités ordinaires.

Elles comportent simplement une responsabilité légale. Elles seront ordinairement le résultat d'une faute ou d'un dol du propriétaire de l'objet. Il devra des dommages-intérêts négatifs.

Pour une erreur qui viendrait d'un pur cas fortuit, s'il s'agit d'un contrat de vente, contrat conclu également dans l'intérêt des deux parties, aucune considération relative aux risques ne doit venir faire peser les cas fortuits plutôt sur l'un que sur l'autre des contractants.

Faut-il dire que le propriétaire doit connaître la capacité de sa chose, faut-il édicter dans tous les cas la responsabilité du propriétaire ? Nous n'hésitons pas à répondre par la négative.

L'affirmative paraît séduisante à première vue. Mais il n'y a qu'une raison de rendre le propriétaire responsable, c'est que l'er-

reur qu'il a commise sera ordinairement le résultat d'une faute de sa part. Mieux que l'autre partie il pouvait connaître le vice dont l'objet était atteint. Que suit-il de là ? Qu'il sera présumé en faute : oui, certes, mais ce sera là une présomption de fait. Il pourra la combattre par la preuve contraire. Mais ce sera à lui de faire cette preuve. Et le juge sera très exigeant sur l'appréciation des faits : la négligence la plus légère, l'omission d'une précaution même inusitée, mais qui aurait pu venir à l'esprit d'un homme plus soigneux de ses affaires, et qui l'aurait détrompé, lui sera imputée à faute. Il ne suit pas et il ne peut suivre de là qu'il continuera d'être responsable si le vice de la chose ne pouvait, quelque soin qu'il ait mis à le découvrir, être découvert.

Est-il besoin d'ajouter que ce sont là des hypothèses anormales, et que la pratique n'en offre pas, à notre connaissance, d'exemple ? que par conséquent les art. 1382 et 1383 du C. civ. suffiront presque toujours dans les cas de vente d'objets hors de commerce à fonder l'action en indemnité ?

M. Legros, qui pense que la théorie de la responsabilité contractuelle peut rendre des services en ce qui concerne précisément les contrats nuls par suite d'un défaut de l'objet, cite trois arrêts de jurisprudence dans lesquels il prétend voir une application de cette théorie. Dans les trois cas, la responsabilité résulte, pour nous très simplement des articles 1382 et 1383 du Code civil.

Le premier arrêt, confirmatif d'un jugement du tribunal de Lille a été rendu par la cour de Douai à la date du 8 janvier 1877 (1). La ville de Lille avait vendu à un industriel la propriété d'une chute d'eau. Appelée en garantie par son ayant cause dans une contestation relative à la chute soulevée par un tiers, elle demandait reconventionnellement la nullité de la vente, en alléguant qu'elle avait pour objet une chose hors du commerce comme faisant partie du domaine public de la commune. La cour prononça la nullité, mais accorda des dommages-intérêts à l'industriel, en invoquant l'article 1599. La ville de Lille se pourvut en cassation. La Cour de

(1) S. 79, I. 136.

cassation confirma au fond l'arrêt de la Cour de Douai, mais pour d'autres motifs, « attendu, disait-elle, que l'acheteur était de bonne foi, que la Ville, au contraire, avait été négligente en ne vérifiant pas ses titres de propriété avant de vendre; — attendu, que la condamnation aux dommages-intérêts au profit de l'acquéreur de bonne foi trouve un fondement pleinement juridique dans le principe général édicté par les articles 1382 et 1383 du Code civil. » A notre avis, en l'espèce, c'est la Cour de Cassation qui a bien jugé. La nullité provenait d'une négligence des administrateurs de la ville de Lille. Il y avait bien responsabilité de quasi-délits. Pourquoi chercher des raisons compliquées et hasardeuses, comme l'assimilation avec l'art. 1599, à une solution qui trouve dans les art. 1382 et 1383 du Code civil une base pleinement suffisante. Cette instance montre donc la jurisprudence favorable, et à bon droit, à notre système plutôt qu'à celui de M. Legros.

Examinons les deux autres espèces.

Première espèce :

La veuve Morelle a donné à bail aux frères Duhennot, pour 2000 francs payés comptant et une redevance annuelle de 1400 fr., la terre et le moulin de la Haulle, qui appartenaient à la veuve Leroy, sa mère, et qu'elle avait l'expectative de recueillir. Ce contrat était accompagné d'une clause pénale qui en garantissait l'exécution. Les frères Duhennot ignoraient que la propriété de la terre et du moulin n'appartenait pas à la veuve Morelle.

Les sieurs Duhennot entrèrent en jouissance. Ils se virent aussitôt expulsés par la veuve Leroy. Ils assignèrent alors la veuve Morelle à 20.000 francs de dommages-intérêts, prévus par la clause pénale. — Le tribunal de Valogne déclara le contrat absolument nul et rejeta la demande en 20.000 francs de dommages-intérêts.

La Cour de cassation (8 décembre 1825), sur la considération de la bonne foi des frères Duhennot, cassa ce jugement et leur alloua le montant de leur demande.

Pourvoi en cass. — Un contrat relatif à un bien de la succession d'une personne vivante, disaient les demandeurs, est nul, absolu-

ment nul. Et la nullité absolue du contrat principal entraîne la nullité de la stipulation pénale. La Cour alloua les dommages-intérêts demandés et elle les alloua sur le fondement de la clause pénale (1).

L'art. 1382 suffit largement pour expliquer la responsabilité de la veuve Morelle, et cette considération que celle-ci a commis un dol, puisqu'elle a loué ou vendu sciemment un bien dépendant d'une succession future à un locataire ou à un acheteur de bonne foi légitime une appréciation très large du préjudice causé. Mais pourrait-on invoquer précisément la clause pénale ? Oui, à notre avis. Et pour une raison très simple : parce que la clause pénale subsidiaire à un contrat forme elle-même un contrat dont la validité doit s'apprécier indépendamment de la validité du contrat principal. Ordinairement, le défaut qui viciera le contrat principal, viciera également le contrat accessoire ; il en sera ainsi ordinairement des vices du consentement, de l'erreur, de la contrainte ; il en sera ainsi ordinairement au cas du contrat illicite ou immoral. Mais lorsque la clause accessoire n'est pas elle-même infectée par le vice qui rend invalide le contrat principal, elle demeure valable. On fait application constante, depuis le droit romain, de cette théorie aux stipulations pour autrui. C'est le cas ici d'en faire une application. La cour de Cassation l'a faite en fait, mais a mal motivé en droit sa solution. La clause pénale est, par un certain côté, un contrat principal sous condition de l'inexécution d'un certain fait. Le fait ne s'exécute pas. L'obligation résultant de la clause pénale prend naissance.

Nous admettons ici, on le voit, la responsabilité légale.

Pourquoi ? Parce qu'autant il est dangereux et arbitraire de supposer, pour fonder des résultats d'équité, des stipulations tacites des contractants, autant il est naturel de respecter ces stipulations lorsqu'elles ont été réellement faites.

Un arrêt de la Cour de Grenoble du 11 janvier 1865 n'est pas moins intéressant. La Ville de Valence avait vendu à un particulier

(1) Cass. 24 mai 1815. S. Rép. Vente, n° 310, note.

un terrain faisant en réalité partie du domaine de l'État, mais dont la Ville croyait être propriétaire. plus tard l'État fit valoir son droit de propriétaire, mais céda immédiatement le terrain à la ville de Valence. Celle-ci voulut alors évincer l'acquéreur. La vente que je vous ai faite, disait-elle, est nulle, car à ce moment le terrain était hors de commerce. La Cour de Grenoble décida que « Si la vente d'une chose hors de commerce est nulle de plein droit, comme la vente de la propriété d'autrui, cet acte inexistant comme translatif de propriété, crée néanmoins pour le vendeur tout un ordre d'obligations, » entre autre celle de garantie. Or, qui peut garantir ne peut évincer. Et la Cour invoqua à l'appui l'article 1599. L'article 1599 ne peut pas nous fournir ici grand secours. Nous considérons en effet la vente de la chose d'autrui, comme simplement résoluble. Et ici il s'agit d'une vente nulle. Il faut dire que la vente d'une chose inexistante n'est pas si radicalement inutile que la cessation de l'obstacle légal ne la rende parfois pleinement valable.

Pour les contrats nuls par suite de l'impossibilité (inexistence, ou incapacité juridique) de l'objet, comme pour les contrats nuls par suite d'une erreur dans la déclaration, nous n'admettons en définitive l'action en indemnité que lorsque la personne à qui on veut l'intenter a commis une faute (si légère soit-elle, elle suffit) ou lorsque cette personne a l'intérêt principal dans le *negotium* dont il s'agit. C'est, en somme, l'application de la théorie générale que nous avons posée tout d'abord. L'examen casuistique que nous venons de faire, montre qu'elle est largement suffisante pour satisfaire aux nécessités de la pratique.

C'est aussi, en ce qui concerne la nullité pour impossibilité de l'objet le système de l'art. 307 du Code civil allemand (1).

(1) M. Legros reproche au Code civil allemand son inconséquence. Ce n'est pas sans raison. Nous avons vu en effet que dans son art. 122 relatif à la nullité pour erreur, ce Code accorde l'action en dommages-intérêts contre l'auteur de la déclaration erronée, encore bien que l'erreur ne soit en rien fautive. L'art. 122 et l'art 307 se réfèrent donc à des conceptions opposées de la responsabilité. On a allégué que le destinataire d'une déclaration de

Nous avons maintenant passé en revue toutes les nullités pour erreur sur l'objet, nous arrivons à la nullité pour erreur sur capacité des parties.

37. Erreur sur la capacité. — Nous avons vu (au n° 14 ci-dessus) que les incapables étaient responsables de leur dol, irresponsables de leur faute in contrahendo.

Nous avons réservé pour en faire l'objet d'une étude particulière, un dol spécial, celui que commet l'incapable en trompant la partie adverse sur sa capacité. Il n'y a pas de doute que l'incapable ne soit responsable de son dol in contrahendo. La règle générale ne s'applique ici qu'avec plus de force, puisque le dol est commis au préjudice de quelqu'un qui ne pouvait se défendre, dont on ne peut dire qu'il ait assumé aucun risque résultant de l'incapacité, puisqu'il a précisément cru contracter avec une personne capable. Nous avons même dit en passant qu'une déclaration erronée de capacité faite de bonne foi et qui aurait trompé l'autre partie, rendrait l'incapable responsable, par dérogation à la règle que l'incapable ne répond que de ses fautes in contrahendo (1).

Mais c'est là une hypothèse peu pratique sur laquelle nous ne reviendrons pas.

Nous étudierons de suite les deux questions que nous avons réservées : en quoi consiste exactement le dol spécial dont s'agit — et quelles en sont les conséquences?

Nous avons une réponse à ces deux questions en ce qui concerne une catégorie d'incapables, les mineurs : c'est dans l'article 1307 du Code civil qu'elle est contenue : « La simple déclaration

volonté n'avait aucun moyen de contrôler si cette déclaration correspondait bien à la volonté de son auteur. Tandis que les deux parties peuvent prendre leurs renseignements sur la condition matérielle et juridique de l'objet. M. Legros critique avec raison cette inconséquence, et il admet dans tous les cas la responsabilité contre l'une des deux parties (page 307). — C'est la solution contraire que nous avons adoptée sur les deux points. Pour nous c'est l'art. 122 qui est trop absolu ; nous avons dit pourquoi.

(1) Sic. Ihering, op. cit. Contra Legros, op. cit., page 170.

de majorité, faite par le mineur ne fait point « obstacle à la restitution. »

La simple déclaration de majorité n'est donc pas constitutive du dol spécial aux incapables. Il faut que le mineur ait commis une supercherie plus grave pour que la loi cesse de le protéger — et la sanction que l'on doit attacher aux manœuvres frauduleuses du mineur, ce n'est point l'action en dommages-intérêts négatifs, c'est une action en dommages-intérêts pour intérêt positif. C'est pratiquement la validité du contrat (arg. a contrario de l'art. 1307).

Ce texte et le corollaire qu'on en tire par argument a contrario forment-ils le droit commun en matière d'incapacité, ou ne doivent-ils s'appliquer qu'au mineur qu'ils visent seul d'une manière expresse? M. Legros tient pour le premier terme de l'alternative (1). M. Deschamps pour le second (2).

Dans la première opinion, l'art. 1307 n'est qu'une application de la règle romaine : « Nemo censetur ignorare conditionis ejus cumque contrahit ». — On est censé connaître la condition juridique des personnes avec qui l'on contracte, parce qu'on doit s'en informer auprès d'elles, et vérifier leurs déclarations à ce sujet. Sans cela d'ailleurs, rien ne serait plus facile que d'éluder les lois restrictives de capacité. Quiconque désirerait faire, au mépris de la loi, un contrat avec un incapable, pourrait le faire, sans crainte de le voir ensuite annuler, pourvu qu'il prenne la précaution de faire signer à l'incapable une déclaration de capacité.

Cette clause deviendrait de style dans les contrats conclus avec des incapables, pour la plus grande commodité et le plus grand profit des usuriers et autres agents de mauvaises affaires. Si on veut rendre l'incapacité effective, il faut qu'on l'organise de telle sorte qu'elle ne puisse être écartée par le moyen d'une simple déclaration mensongère. Telle est la tradition de notre ancien droit « Si celui qui a contracté avec (une) femme (mariée), dit Pothier, a pu s'informer de son état et de sa condition, la femme, en ce cas, ne sera pas obligée envers lui, ... autrement, il y aurait une voie

(1) Legros, op. cit., pages 22 et 5.

(2) Deschamps. Le dol et la faute des incapables. Thèse. Paris, 1889.

ouverte d'éluder la loi qui ne permet pas de contracter avec des femmes mariées sans autorisation, en leur faisant prendre la qualité de filles majeures ou veuves » (1).

Ces arguments ne sont pas sans réplique et nous préférons l'opinion de M. Deschamps. Pour nous comme pour lui, l'art. 1307 est un texte d'exception visant exclusivement les mineurs et qu'on ne doit pas étendre aux autres incapables. Quant à ces derniers, 1° la simple déclaration mensongère constitue le dol spécial dont nous nous occupons; 2° ce dol spécial n'a pas pour conséquence la validité du contrat, mais de droit pour la partie qui en a été victime à une indemnité représentative du *negative-interesse*.

On dit que notre première proposition ne conduit à rien moins qu'à mettre l'incapacité à la discrétion de l'incapable, et à permettre l'introduction dans le contrat d'une clause qui deviendrait bientôt de style. Ce serait paralyser complètement la protection dont le Code civil a voulu entourer les incapables. Ceux qui raisonnent ainsi oublient deux choses : d'abord que la déclaration de capacité dans l'instrument du contrat ne rendra pas le contrat valable, mais qu'elle permettra seulement à la partie contre qui sera intentée l'action en nullité de demander reconventionnellement des dommages-intérêts négatifs. Et ici la distinction a son importance. Les personnes qui forment avec des incapables de pareilles *combinazioni* sont généralement des usuriers. Les contrats formés ne seront généralement que léonins. L'écart entre l'intérêt négatif et l'intérêt d'exécution sera considérable. Un usurier ne contracte pas *pour ne subir aucun préjudice*, mais pour réaliser de gros bénéfices.

On oublie ensuite que le dol n'est une cause de responsabilité que lorsqu'il a produit l'erreur. Si donc la fraude a été concertée entre les deux parties ou si le cocontractant de l'incapable n'en a pas été dupe, l'action en dommages-intérêts ne lui compétera pas. Mais la fraude ne se présume pas. Le cocontractant de l'incapable sera présumé de bonne foi. Dès qu'il y a mensonge de

(1) Pothier. Puissance maritale, n° 54.

l'une des parties, n'est-il pas juste de supposer que, comme l'a supposé et voulu le menteur, le mensonge a produit l'erreur ?

Certes cela est juste. Mais que l'on considère que la bonne ou mauvaise foi est *une question de fait* ; comme telle, elle n'est pas soumise à un système de preuves légales. Il sera généralement assez facile de faire la preuve de la mauvaise foi de la personne capable, lorsqu'en effet celle-ci n'aura pas été dupe de la déclaration.

On le voit notre opinion ne présente pas d'inconvénients sérieux et, en revanche, elle comporte des avantages considérables ; nous dirons même qu'elle est nécessaire à la célérité que requièrent aujourd'hui les relations commerciales. Les personnes avec qui les incapables contractent n'ont ordinairement aucune raison de douter de leur déclaration.

Le cas échéant, quel moyen auraient-elles de la vérifier ? aucun par elles-mêmes. Il leur faudrait alors exiger de leur contractant des titres justificatifs de son état ? Mais ces titres n'existent pas. Comment une femme prouvera-t-elle par exemple qu'elle n'est pas mariée ? Il faudrait, pour qu'elle puisse faire directement et par titre cette preuve, qu'il existât pour chaque personne un casier d'état civil analogue au casier judiciaire.

Aura-t-on recours à une enquête, par témoins sur l'état de la personne avec qui l'on contracte, toutes les fois qu'on va faire une convention ? Qui oserait le soutenir ? On le voit, il faut reconnaître que la simple déclaration mensongère constitue le dol spécial aux incapables. L'intérêt des affaires qui exigent confiance et célérité commande impérieusement cette solution.

Il reste à expliquer — pour achever notre démonstration — que si l'article 1307 est un texte exceptionnel, l'exception qu'il contient se justifie par des raisons particulières aux mineurs. M. Deschamps en a donné une excellente explication.

Le mineur n'est pas un véritable incapable. Sa condition, en droit français, a été réglée d'après les règles du droit romain concernant le mineur de vingt-cinq ans. Or ce dernier n'était pas un incapable selon le droit civil. Il avait simplement le droit de demander l'*inintegrum restitutio* pour faire casser les contrats qu'il

avait passés sans l'assistance de son curateur et qui le lésaient : la restitution en entier, loin d'impliquer la nullité du contrat, supposait au contraire sa validité. La situation du mineur français est la même : alors que les autres incapables n'ont qu'à invoquer leur incapacité pour faire annuler les contrats qu'ils ont passés, le mineur, lui, doit en outre montrer qu'il subit une lésion.

Cette différence explique que la sanction du dol du mineur soit le refus de l'action en restitution, tandis que le dol des autres incapables n'empêche pas le contrat d'être nul, et donne seulement droit à une indemnité pour intérêt négatif.

Pourquoi la deuxième différence ? Pourquoi la simple déclaration mensongère de majorité ne suffit-elle pas à constituer le dol spécial, alors qu'elle suffit pour les autres incapacités ? C'est que l'aspect physique du mineur doit mettre en garde l'autre partie. Lorsqu'on voit qu'on a affaire à un jeune homme dont l'aspect physique dénote qu'il est aux environs de la vingtième année, on doit se montrer très circonspect. On ne doit pas, si on veut conclure un contrat avec lui, se fier à sa parole. Il faut lui demander d'établir son âge autrement que par une simple affirmation. Ce lui sera d'ailleurs facile. Il n'aura qu'à présenter son acte de naissance. Il n'en est pas de même pour les autres incapables.

On ne peut juger à l'aspect d'une femme si elle est fille, mariée ou veuve, à la vue d'un homme s'il est pourvu d'un conseil judiciaire, etc. Enfin si on voulait être méfiant envers eux, comment pourraient-ils prouver, cette femme qu'elle n'est pas mariée, cet homme qu'il n'est pas interdit ? « Tout le monde a un acte de naissance puisque tout le monde est né un jour, au lieu que toutes les femmes n'ont pas un acte de mariage, ni tout le monde un jugement d'interdiction, parce que toutes les femmes ne sont pas mariées, ni tout le monde interdit » (1).

Il n'est donc pas douteux, à notre sens, que l'art. 1307 soit un texte applicable aux seuls mineurs et qui se justifie par des raisons

(1) Desch. *Op. cit.*, n° 82.

absolument particulières à cette catégorie d'incapables (1). Après cela il importe peu que dans les art. 1124, 1125 et l'art. 1312 les mineurs soient qualifiés incapables et assimilés aux interdits et aux femmes mariées. Nous voyons qu'en fait ils forment une catégorie à part, parmi les autres incapables.

Notons que de l'avis même de M. Legros, la jurisprudence antérieure à la loi de juillet 1858 appliquait à la femme dotale la théorie de M. Deschamps (Rouen, 21 mai 53. S. 56. 2. 430) : l'art. 1307 en effet n'est pas isolé dans la loi. Il y a les art. 75, al. 2 et 3, et 76-10° et l'art. 1391, alinéa final, qui visent justement la femme dotale.

Aux termes de cet article 1391 la simple déclaration de non-dotalité ne suffit pas, — si d'ailleurs il existe mention d'un contrat

(1) Nous sommes assez portés à croire avec M. Deschamps que le système que nous venons d'adopter en droit français était celui du *droit romain* et de notre ancien droit français.

En droit romain, nous n'avons que deux séries de textes sur la question. C'est d'abord le titre de Digeste, *Si minor se majorem dixerit vel probatus fuerit* (Livr. II, 1, 43), principalement lois 2 et 3 pr.). Il résulte de ces textes que la simple déclaration de majorité ne constitue pas le *dol spécial*, et que la conséquence du dol spécial, c'est le refus de l'*in integrum restitutio*. La 2^e série se compose des frag. 1 *ad Senas. Maced.* Code (4-28) — et 30 pr. ad. Code (16-1). Aux termes de ces lois, la simple déclaration de capacité suffit à paralyser l'application des senes. — Macédonien et Velléen : En ce qui concerne les autres incapacités, pas de textes. Quelles raisons de croire qu'on leur appliquait le système du titre 43 livre II. D. plutôt que l'autre ? Aucune. Les raisons pratiques sont en sens contraire. Ceci ne rend-il pas pour ceux qui ne voudraient adopter la manière de voir de M. Desch., tout au moins douteuse la question.

Dans notre ancien droit, nous retrouvons le système de l'art. 1387, en ce qui concerne le mineur. (V. Pothier. Traité de procéd. civ. N° 730). La simple déclaration ne fait pas obstacle à la restitution. On ne trouve rien dans les anciens auteurs et dans les anciens recueils d'arrêt qui prévoie le dol spécial des autres incapables. Sans tirer de ce silence aucune preuve décisive que les femmes mariées, fous, prodigues, interdits étaient responsables de leur simple déclaration mensongère, n'est-il pas permis, vu les raisons pratiques qui commandaient cette solution, de pencher plutôt vers cette opinion ? Il y a toutefois le N° 54, *Pothier (puissance maritale)*, qui semble bien assimiler la femme dotale au mineur à notre point de vue. Mais les deux hypothèses ont entre elles des analogies qu'elles n'ont pas avec les autres.

relatif aux liens dans l'acte de mariage, — à enlever à la femme mariée le bénéfice de la protection que la loi accorde à la dot.

Certes, — mais pourquoi ? Parce que, ici, le tiers a un moyen bien simple de s'assurer. Il s'agit, en effet, non d'une femme mariée qui s'est présentée comme jeune fille, mais d'une femme mariée qui s'est présentée comme s'étant mariée sans contrat. L'autre partie aurait dû lui demander de rapporter son acte de mariage, puis, le cas échéant, son contrat de mariage. Dans les autres cas il n'y a pas de moyen de vérification ou du moins pas de moyen aussi simple.

N'oublions pas qu'avant le vote des nouveaux art. 75 al. 2 et 3 et 76, 10° la jurisprudence décidait que la déclaration de non dotalité suffisait à rendre la femme dotale responsable. (Cette solution était d'autant plus significative que, en l'espèce, elle heurtait le principe de l'immutualité des conventions matrimoniales).

Et la loi de 56 n'a modifié cette jurisprudence qu'après la promulgation des art. 75 et 76.

Notons que si la loi cru devoir intervenir, c'est (non pour condamner la jurisprudence) mais 1° parce qu'il y avait la difficulté spéciale tenant aux règles d'immutualité des conventions matrimoniales ; 2° ensuite parce qu'elle voulait assurer aux tiers le bénéfice du contrat, tandis que la jurisprudence donnait simplement contre elle action en indemnité.

En bref, on peut donc, rejetant hardiment l'extension du système de l'art. 1307 et de la loi 1850, résumer la théorie du dol spécial aux incapables en trois propositions : 1° Les incapables répondent de leur dol spécial comme de leur dol général, — c'est-à-dire qu'ils sont responsables du préjudice que ce dol a porté à l'autre partie.

2° La simple déclaration de capacité constitue, s'il n'est établi que l'autre partie n'en a pas été dupe, le dol spécial.

3° Exception à ces règles est faite pour les mineurs et la femme mariée dotale. On applique pour ces deux catégories d'incapables les art. 1307, 70 (al. 2 et 3,) 76-10° et 1391 (al. final) du Code civil.

38. Révocation de l'offre, Indemnité pour retrait de l'offre. —

Les progrès de la vapeur et de l'électricité, en rendant au cours du siècle dernier les communications et les échanges plus faciles, ont donné un développement considérable, dans la pratique moderne, aux contrats entre absents. Ce progrès économique a eu sa répercussion juridique : il a posé, on l'a vu, des questions nouvelles et a considérablement accru l'importance de certaines questions qui se posaient déjà dans notre ancien droit, mais d'une manière moins pressante, et qui réclament impérieusement aujourd'hui une solution définitive. La plus considérable de toutes est peut-être la question de la révocabilité de l'offre. Lorsque deux personnes contractent, en s'abouchant directement, ou la convention se formera immédiatement entre elles ou, si l'une des deux n'est pas décidée à donner une adhésion immédiate à la convention et demande à réfléchir, elles reprendront chacune sa liberté, ou conviendront d'un délai pendant lequel l'une d'elles sera liée dans une certaine mesure. Dans tous les cas, les deux parties sauront, à chaque moment des négociations, si elles sont liées ou si elles ne le sont pas.

Il n'en ira pas de même entre absents. Celui qui veut adresser une sollicitation ou une acceptation à une personne à qui il ne peut parler de vive voix, doit avoir recours, soit à un mandataire, soit à un messenger, soit à une lettre-missive, soit à tout autre moyen de communication indirecte. On enverra ordinairement une lettre-missive, un prospectus, un télégramme. Cette lettre-missive mettra quelque temps à arriver. A son arrivée, peut-être, s'il s'agit d'une offre, ne sera-t-elle pas acceptée immédiatement. Pendant ce temps le sollicitant pourra avoir regretté son offre et désirer la retirer. Le pourra-t-il et jusqu'à quel moment le pourra-t-il ? Si on admet l'affirmative, on voit qu'une certaine incertitude va, dans l'esprit des contractants, planer sur la conclusion du contrat. Il y aura un moment où ils ne pourront savoir s'ils sont ou non liés. Comment agiront-ils pendant ce temps-là ? comme s'ils étaient obligés ou comme s'ils étaient parfaitement libres de tout engagement ? Quelque parti qu'ils prennent, ils risqueront de se

tromper. Cette erreur aura ceci de particulier, qu'elle devrait être escomptée à l'avance ; c'est pourquoi nous lui faisons une place à part dans ce travail ; mais elle comporte, croyons-nous, une solution inspirée par le même ordre d'idées que les hypothèses que nous avons étudiées et c'est pourquoi nous avons cru devoir lui réserver cette place.

La question, soulevant des intérêts opposés et également respectables, est l'objet, tant au point de vue législatif qu'au point de vue jurisprudentiel, des plus sérieuses controverses. Elle se complique de difficultés relatives à la preuve de l'intention de révoquer, qui n'ont pas peu contribué à l'embrouiller.

Le Code civil n'a pas réglé expressément la matière. On ne peut trouver, sur ce point, dans l'ensemble de ses textes, que des tendances dont il faut tenir compte, mais qui ne lient pas absolument l'interprète. Nous demeurons donc à peu près libres d'adopter sur cette délicate question les solutions qui nous paraîtront les meilleures scientifiquement, c'est-à-dire pratiquement.

Il y a deux doctrines nettement opposées. D'après la première, qui est la doctrine classique de notre ancien droit, l'offre n'est rien par elle-même, rien qu'une présomption de volonté. Elle n'existe que par la volonté qu'elle exprime et en tant qu'elle l'exprime. Comme elle ne naît que pour manifester cette volonté, elle ne se soutient que par elle et s'anéantit avec elle. Seulement on présume, tant que l'offre n'a pas été retirée, que la volonté subsiste. Mais c'est là une simple présomption de fait.

Pothier a très nettement résumé cette conception dans son *Traité du contrat de vente* : « Pour que le consentement intervienne (dans le cas d'un contrat *per epistolam aut per nuntium*), il faut que la volonté de la partie qui a écrit à l'autre pour lui proposer le marché ait persévéré jusqu'au temps auquel la lettre sera parvenue et auquel l'autre partie aura déclaré qu'elle acceptait le marché. Cette volonté est présumée avoir persévéré tant qu'il ne paraît rien de contraire (1). »

(1) Poth. *op. cit.*, n° 31.

Écartons du débat la question de preuve qui ne rentre pas dans le cadre de cette étude. Relevons seulement ce fait : l'offre est essentiellement révocable ; tant qu'elle n'a pas été acceptée, qu'elle n'est pas passée en contrat par l'adhésion de l'autre partie, elle peut être retirée. Cette décision est la conséquence de ce principe que la volonté ne peut se lier elle-même ; pour qu'une volonté se lie le concours d'une autre volonté qui prenne acte de l'engagement est nécessaire ; l'offre, expression d'une volonté de s'obliger, n'existe plus dès lors qu'elle a fait place à une volonté contraire. Avant sa transformation en contrat (fut-ce un instant de raison avant), l'offre appartient tout entière à celui qui l'a faite ; il demeure le maître de la révoquer ; il y aura lieu, si l'on accepte ce système, de se demander à quel moment le contrat se forme. Mais raisonnons, abstraction faite de cette nouvelle difficulté : supposons une révocation notifiée par lettre au moment où la lettre de sollicitation est déjà expédiée mais n'est pas encore arrivée à destination. Il n'est pas douteux que dans ce cas les volontés n'ont jamais coexisté ; la preuve de la révocation avant acceptation résulte de l'expédition de la lettre de révocation. Dans le système de Pothier, il n'est pas douteux que le contrat ne se forme pas.

Il y a une doctrine diamétralement opposée qui est surtout en honneur en Allemagne et à laquelle le Code civil allemand s'est rallié. Ses partisans partent de l'idée que la volonté unilatérale peut être productive d'obligation, et ils présument que le sollicitant s'est engagé tacitement en faisant son offre à ne pas la révoquer avant un certain délai. (Quel délai, il n'importe : ce délai comprend tout au moins le laps de temps qu'il faut à la lettre de sollicitation pour arriver au destinataire).

La révocation survenue entre l'expédition de la sollicitation et sa réception sera donc inopérante à moins qu'elle n'arrive à destination avant la sollicitation. Elle n'empêchera pas le contrat de se former. C'est la solution du Code civil allemand (art. 8082-84).

Nous avons dit (n° 12, note) ce que nous pensions de la théorie de l'engagement par volonté unilatérale. Nous avons montré

qu'à le bien prendre ce qu'on appelle l'engagement par volonté unilatérale ne peut jamais être qu'une obligation légale, et que la loi ne peut sanctionner des obligations de ce genre qu'exceptionnellement. Convient-il ici que le droit objectif impose au pollicitant l'obligation de laisser persister son offre pendant un certain temps ? (1). On a dit que ce serait préférable au point de vue pratique. Celui qui accepte une pollicitation a le droit de compter sur le contrat qu'on lui propose ; il peut faire des frais, il peut même manquer de conclure un autre marché avantageux. Si on laisse le pollicitant libre de révoquer selon son bon plaisir, la proposition qu'il a faite, l'acceptant pourra de ce chef subir un préjudice. Accepter une offre transmise par lettre et compter dessus, ce serait donc assumer un risque onéreux. Il faut enlever au pollicitant la faculté de révocation. D'ailleurs l'irrévocabilité relative de l'offre est, en fin de compte, de l'intérêt même du pollicitant qui aura bien plus de chances de voir son offre acceptée, si la personne à qui il l'a adressée sait pouvoir compter sur elle. Si au contraire l'acceptation d'une offre entre absents comporte de tels risques de révocation, qu'on ne puisse faire fond sur elle sans s'exposer à subir une perte qui pourra être sérieuse, le destinataire préférera traiter, même à de moins bonnes conditions, avec une personne présente. Et n'est-ce pas ce que demande le pollicitant, que de voir l'offre acceptée ? N'est-ce donc pas son intérêt d'augmenter les chances d'acceptation ?

Si nous ne croyons pas que les raisons logiques de la doctrine française imposent le système de la révocation absolue de l'offre, nous ne croyons pas non plus que les raisons pratiques invoquées par la science allemande imposent le système de l'irrévocabilité absolue. On dit, et nous prenons cette opinion à notre compte, qu'il faut donner toutes facilités aux absents de contracter avec

(1) La même question se pose pour ceux qui admettent que le contrat ne se forme qu'au moment de la réception par le pollicitant de l'acceptation, au sujet de la révocabilité de l'acceptation. L'acceptant peut-il, au moment où sa lettre est encore en voyage, révoquer ? Nous ne croyons pas devoir viser spécialement cette hypothèse ; ce que nous disons de la *révocation de l'offre* s'appliquera aussi à la révocation de l'acceptation.

sécurité ; qu'il faut augmenter la confiance que le destinataire d'une offre peut légitimement avoir en elle, que cela est, après tout, une maxime conforme à l'intérêt général parce qu'elle tient compte tout aussi bien des intérêts du pollicitant que de ceux du destinataire. Mais est-il bien nécessaire pour donner confiance au destinataire, de lui assurer d'une manière absolue tout le bénéfice de l'offre ? Lui faudra-t-il une telle assurance pour l'engager à contracter ? Certes, non. Il suffit qu'il soit certain que son acceptation, si elle est inopérante par suite d'une révocation antérieure, ne lui causera toutefois aucun préjudice, pour que le destinataire ait pleine confiance dans l'offre. C'est une assurance contre le préjudice, que contient l'action pour intérêt négatif. C'est donc cette action qu'on doit accorder au destinataire de l'offre. Il convient de dire que l'offre est révocable tant qu'elle n'a pas passé en contrat par l'acceptation intervenue, — que la révocation qui *parvient après l'acceptation* n'en est pas moins valable si elle a été *expédiée* avant. Mais il faut ajouter immédiatement que le pollicitant doit indemniser le destinataire, si la révocation intempestive cause à ce dernier quelque dommage. Par l'action en dommages-intérêts pour negative interesse, l'acceptant rentrera dans les frais qu'il aura faits en vue de contrat ; il se fera en outre attribuer une indemnité représentative du bénéfice qu'il aurait retiré d'un contrat qu'il aurait pu conclure à la place de celui qu'il a voulu conclure : que peut-il demander de plus ?

Aller plus loin, et lui allouer tout l'intérêt positif, c'est dépasser le but ; c'est plus que protéger l'acceptant, c'est le favoriser, lui faire réaliser un bénéfice au détriment du pollicitant.

L'intérêt de ce dernier est bien que le destinataire de l'offre puisse avoir confiance en elle et qu'il soit pour cela assuré de ne rien perdre, en faisant état d'une offre révocable ; mais c'est aussi d'atteindre son but au moins de frais possible. Il n'abandonne donc de son droit de révocation que juste ce qu'il faut et de la manière qu'il faut. Pour ceux donc qui croient que le fondement de la garantie est dans une clause tacite du contrat ou de la pollicitation, ils peuvent bien supposer que le pollicitant prend l'engage-

ment, lorsqu'il fait ses propositions, de réparer le préjudice qui pourrait résulter pour l'acceptant d'une révocation intempestive, mais ils ne peuvent supposer qu'il entende se dépouiller absolument du droit de révocation.

Ce serait d'autant moins vraisemblable que cela ferait une position trop avantageuse au destinataire de l'offre. Acquérir une créance, sans se lier en rien, ce serait vraiment un avantage exorbitant.

Pour nous, qui nous tenons à l'idée d'une responsabilité légale, nous disons que celui qui fait une offre demeure le maître de la révoquer tant que le contrat n'est pas formé, quitte à indemniser la partie adverse si la révocation lui a porté préjudice. Et nous légitimons cette solution sur cette seule considération — largement suffisante, à notre avis — qu'elle est pratiquement la seule qui, tout en rendant l'offre assez résistante pour qu'on puisse s'y fier sans crainte, ne sacrifie pas l'une des parties à l'autre, et soit, par là, conforme aux intérêts du pollicitant et de l'acceptant à la fois.

C'est une règle que nous proposons principalement comme un résultat de l'investigation scientifique. Mais on peut aussi invoquer en sa faveur, dans une certaine mesure, l'autorité de décisions doctrinales et jurisprudentielles. Pothier, en particulier, après avoir établi la théorie de la révocabilité de l'offre, ajoutait : « Observez néanmoins que si ma lettre a causé quelque dépense à ce marchand (il s'agit d'une pollicitation adressée à un négociant, puis révoquée), pour l'exécution du marché que je lui proposais par lettre, ou si elle lui a occasionné quelque perte, *puta* si dans le temps intermédiaire entre la réception de la première et celle de la seconde le prix des marchandises a baissé et que ma première lettre lui ait fait manquer l'occasion de les vendre avant la diminution, dans tous les dits cas, je suis tenu de l'indemniser si je n'aime mieux consentir au marché proposé par la première. Cette obligation naît de cette règle d'équité que personne ne doit souffrir du fait d'autrui : « *nemo ex alterius facto proe-gravi debet.* » Le Code civil n'a pas reproduit Pothier sur ce point. Mais il n'y a

pas lieu de croire que, s'il avait songé à régler la matière de l'offre, c'est le système de la révocabilité ou de l'irrévocabilité absolue qu'il aurait adopté. En tout cas, c'est un système myxte que, en l'absence de tout texte sur la matière, la science économique nous commande d'adopter.

39. — Ce n'est pas le seul service que l'action en indemnité puisse rendre en ce qui concerne l'offre. — On sait que la doctrine classique a tiré du principe que l'offre ne subsiste que tant que la volonté subsiste elle-même, et qu'elle s'anéantit avec elle, cette double conséquence, que l'incapacité du pollicitant ou sa mort, survenue entre l'émission de l'offre et son acception, opère révocation de plein droit. La mort ou l'incapacité de l'offrant pouvant n'être connue par l'autre partie qu'alors qu'elle a déjà fait état du contrat, il y a là le même danger que nous avons signalé. Le Code civil allemand, qui attribue à l'offre une valeur indépendante de la persistance de la volonté qu'elle manifeste, contraint les héritiers à prendre à leur compte la pollicitation et oblige les ayants-cause de l'individu devenu incapable à la respecter ; elle permet par conséquent au destinataire de conclure le contrat après la mort ou l'incapacité survenue du pollicitant.

Les principes que nous avons dégagés et qui règlent la révocation de l'offre par le pollicitant nous conduisent à admettre ici, pour les héritiers du pollicitant ou ses ayants-cause, le droit de révoquer l'offre du de ejus ou de se prévaloir de l'incapacité de leur auteur, à charge de payer, s'il y a lieu, une indemnité représentative du *negative-interesse*.

Enfin notre action pour intérêt négatif nous permettra de nous ranger, dans la théorie de la formation du contrat entre absents, à la théorie de la réception. On sait que, tandis que certains jurisconsultes déclarent le contrat formé au moment de l'acceptation de l'offre par le destinataire, d'autres prétendent au contraire que c'est seulement lorsque le pollicitant a eu connaissance de l'acceptation que la convention naît. Pour les premiers, le contrat est formé dès que les volontés coexistent ; pour les seconds, il ne l'est

que lorsque les volontés ont pris conscience l'une de l'autre ; jusque là, il n'y a pas *concours* de volontés.

Les deux solutions peuvent se soutenir en législation ; le Code civil n'a pas choisi entre elles. Nous préférons, quant à nous, la deuxième. Dans la formation des contrats les parties doivent être placées, autant que faire se peut, sur un pied de parfaite égalité. Or, n'y aurait-il pas désavantage pour le pollicitant à se trouver lié à son insu, alors que l'acceptant ne se trouve lié qu'avec conscience immédiate de son obligation ?

On pourrait répondre que, en adoptant la théorie de la réception c'est l'acceptant qui sera engagé à son insu, puisque, tant que la lettre d'acceptation ne sera pas arrivée à destination, l'autre partie pourra retirer son offre, et qu'entre l'émission de l'acceptation et le terme du laps de temps nécessaire à la réception d'une lettre révo-catrice partie de chez le pollicitant avant réception de l'acceptation, l'acceptant se trouvera dans l'incertitude. L'observation serait juste en principe. Mais pratiquement les deux situations ne sont pas les mêmes. L'incertitude du pollicitant sur le sort de sa pollicitation est grande ; celle de l'acceptant sur le sort de son acceptation ne l'est guère. Il est très fréquent, en effet, que des offres ne soient pas acceptées. C'est même le cas le plus fréquent. L'incertitude de l'offrant est donc très grande : ayant plus de chances de voir son offre rejetée qu'acceptée, on conçoit qu'il puisse, à un moment donné, si un autre marché avantageux se présente, révoquer une proposition sur laquelle il ne fonde que peu d'espoir, — quitte à payer des dommages-intérêts. — Mais la révocation de l'offre, si elle est un fait très possible, très fréquent, n'est pas un fait normal comme sa non-acceptation. C'est un fait, somme toute, exceptionnel. L'incertitude de l'acceptant sur la formation du contrat sera moins grande si on accepte la théorie de la réception, que l'incertitude de l'offrant si on accepte la théorie de l'acceptation. Nous avons donc le droit de dire que la théorie de la réception se rapproche plus que l'autre de ce résultat idéal : que chaque partie sache, à tout moment des négociations, exac-

tement à quoi s'en tenir sur la formation du contrat. Pour ces raisons, nous l'adoptons (1).

L'importance pratique de cette solution n'échappera pas à ceux qui savent que, pour écouler une marchandise, on est quelquefois obligé de faire des offres beaucoup plus considérables que les demandes auxquelles on pourrait satisfaire. Si ceux qui font ces offres peuvent exciper d'une réserve expresse ou tacite touchant l'épuisement possible de l'objet offert, ils échapperont même à l'action pour intérêt négatif. Mais il est très possible que pour donner plus de confiance au destinataire de l'offre et augmenter ainsi leurs chances d'écouler leurs marchandises, ils s'exposent sans aucune réserve à recevoir des demandes auxquelles ils ne pourront satisfaire, quitte à indemniser ceux à qui leur manière de faire pourrait porter préjudice. — C'est là une conduite qui pourra être conforme à leur intérêt et qui ne lèsera personne : le droit n'aurait-il pas mauvaise grâce à ne pas l'accepter ?

40. Il y a une espèce d'offre qui demande des explications particulières. Nous visons une offre à personne indéterminée, la promesse de récompense. Un individu promet publiquement une certaine récompense à celui qui fera une certaine chose, qui rapportera un objet égaré, fera une découverte, etc. Dans quelle mesure et jusqu'à quel moment, l'auteur d'une pareille promesse peut-il la révoquer ?

La plupart des auteurs pensent qu'il le peut tant que sa promesse n'a été acceptée par personne. Mais quand doit-elle être considérée comme acceptée ? Est-ce dès que quelqu'un a manifesté l'intention de remplir la condition ? Pratiquement l'acceptation résulterait alors du fait qu'on a commencé de faire des recherches, ou un travail en vue de réaliser la condition. Non, l'obligation du promettant n'a pas de cause tant que la condition n'est pas

(1) Comme conséquence de cette théorie, nous admettons le droit pour l'acceptant de révoquer son acceptation tant qu'elle n'est pas parvenue au pollicitant.

effectivement remplie ; d'autre part, elle n'a pas été formée *donandi causa* ; donc elle ne peut naître. Donc, si l'on considère l'acceptation comme résultant du commencement d'exécution de la condition, cette acceptation ne suffit pas à rendre l'offre irrévocable. Celui qui a accepté ainsi ne s'oblige pas lui-même : il est donc peu vraisemblable de supposer que l'autre partie ait voulu se lier irrévocablement et le droit objectif n'a aucune raison de lui imposer pareille obligation. On a soutenu que l'acceptation ne résulterait que de l'accomplissement de l'acte à récompenser, ou même selon Exner, dans l'information adressée au promettant l'accomplissement de la condition. Jusque-là le promettant demeurerait libre de révoquer.

Siégel a combattu avec raison cette manière de voir (1). Une personne promet une récompense pour un acte à accomplir : elle a le plus grand intérêt à ce que cet acte s'accomplisse. Il est tout naturel de supposer qu'elle entend s'obliger dans la mesure où il est nécessaire pour donner confiance à ceux qui peuvent l'accomplir. Or, quelle confiance pourront avoir ces derniers s'ils se savent à la merci d'une révocation. Qui donc risquera de perdre la vie, ou ses modestes capitaux, ou même simplement son temps, pour une récompense ainsi doublement aléatoire ?

Pour Siégel l'offre est irrétractable. C'est un engagement par volonté unilatérale. Nous n'irons pas jusque-là. Cet engagement serait trop rigoureux. D'abord il serait illimité dans sa durée — et qui donc s'oblige pour la vie ? — ou bien il faudrait le limiter arbitrairement. Puis cette promesse peut avoir été faite à la légère ; le pollicitant peut la regretter de suite ; il serait bien dur de la rendre irrévocable, lorsqu'elle n'a pas encore passé en contrat par l'acceptation ou la réalisation de la condition. Enfin, cette solution n'est pas nécessaire pour susciter les initiatives. A ceux qui voudront tenter de réaliser la condition, il suffira de savoir qu'ils n'auront rien à craindre de la révocation de la promesse, que capitaux, travail, tout leur sera remboursé à juste prix, en cas de

(1) Siégel, *op. cit.*, p. 90.

révocation intempestive. Les personnes susceptibles de vouloir profiter de la promesse, pourront faire leurs recherches en toute confiance. C'est l'opinion de Ihering (1). Quelques auteurs trouvent que même aussi limité le droit de celui qui se présente comme ayant entrepris de réaliser la condition est encore excessif : car qui sait s'il serait arrivé au résultat ?

Aussi a-t-on songé à subordonner le droit à l'indemnité à la preuve que la recherche aurait abouti, nous repoussons cette exigence. Vous me promettez une récompense si je fais telle action. J'entreprends l'affaire, risquant de perdre mon temps, mes peines, mon argent, — pour acquérir la récompense. Il n'est pas juste que si tandis que je n'ai pas encore trouvé, mais alors que j'ai déjà travaillé, cherché, vous retirez votre promesse, mes peines se trouvent vaines. Et vous ne pouvez d'autre part me forcer à prouver que j'aurais réussi : ou vous ne pouvez m'y forcer qu'en offrant si je réussis de me donner toute la récompense. Vous n'y aurez généralement pas intérêt.

En somme, il y a ici responsabilité légale. Il y un fait de votre part qui me cause un préjudice, vous me devez réparation. Le fait fautif, c'est de promettre, puis de changer d'idée. Le préjudice c'est la perte d'un gain même aléatoire.

Le promettant toutefois pourrait repousser la demande en indemnité en démontrant que la condition n'aurait pas été accomplie. Alors, en effet, la révocation ne préjudiciera à personne. Mais sinon, toute personne qui s'est mise en demeure d'accomplir la condition aura droit à être indemnisée.

On objecte qu'il serait saugrenu d'admettre ici notre action : « en effet, si plusieurs personnes s'étaient mises à l'œuvre au moment du retrait, si par exemple une trentaine de chimistes ont commencé des investigations tendant à la découverte d'un réactif, les indemnités qui leur sont dues s'ajouteront les unes aux autres pour atteindre un chiffre exorbitant. » Non. Le promettant n'aura qu'une chose à faire : payer la récompense. Aux autres à se partager

(1) Ihering, op. cit., p. 90.

la somme, ce qu'ils feront après entente, soit au prorata du travail fait, soit par continuation des recherches et attribution de la récompense à celui qui trouvera le premier.

Dans cette matière, comme dans celles que nous avons étudiées, l'action en indemnité pour dommages-intérêts négatifs peut seule concilier les divers intérêts en cause. C'est pourquoi nous l'admettons.

41. Conclusion. — Il n'y a pas besoin, en ce qui concerne les nullités de contrats — nous avons essayé de le montrer par l'exemple — de recourir à des constructions juridiques plus ou moins aprioristiques et arbitraires pour donner aux espèces si complexes de la pratique juridique les solutions qu'elles comportent.

Toute solution désirable se justifie par des raisons intérieures : car, autrement, pourquoi serait-elle désirable ? C'est dans une analyse plus pénétrante, dans un examen plus approfondi des faits, qu'il faut chercher l'explication théorique des solutions que la pratique réclame, mais qui paraissent difficiles à légitimer d'après les idées courantes.

Nous avons appliqué cette méthode à notre étude, et maniée peut-être bien inhabilement, elle nous a donné, croyons-nous, quelques résultats. Par elle, nous avons essayé de dégager les règles générales de la responsabilité légale et de débrouiller certaines difficultés de détail.

Nous avons vu qu'en dehors même des cas prévus par les articles 1382 et suivants du Code civil, il peut y avoir une responsabilité légale, une responsabilité du simple fait. Nous avons vu que, dans la formation des contrats, le principe est que, toutes choses égales d'ailleurs, les risques, — le risque de nullité comme les autres, — sont pour celui qui a les chances de gain. A la lumière de ce principe et de quelques notions particulières à certaines catégories d'espèces, nous avons parcouru toute notre matière.

Si nous n'avons pas porté dans les questions que nous avons

traitées des éclaircissements nouveaux, nous demeurons néanmoins persuadé que c'est dans la voie que nous nous sommes tracée et — oserons-nous le dire? — dans la direction que nous avons suivie qu'on trouvera, lorsqu'on les cherchera, des éclaircissements définitifs.

Vu

Le Président de la Thèse,

SALEILLES.

Vu et approuvé :

Le Doyen de la Faculté de Droit,

GLASSON.

Vu et permis d'imprimer,

Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,

GRÉARD.

LE BIGOT FRÈRES, IMPRIMEURS.

ERRATA

Page 5, ligne 10, au lieu de : « negotium de l'affaire », lire : « negotium, de l'affaire ».

Page 7, note 1, ligne 1, au lieu de : « nous faisons, pour l'expression », lire : « nous faisons, par l'expression ».

Page 8, ligne 9, au lieu de : « et entièrement que la responsabilité incombe », lire : « et que la responsabilité incombe entièrement ».

Page 12, lignes 17 et 18, au lieu de : « éparpillé un peu partout, mais complet », lire : « éparpillées un peu partout, mais complètes ».

Page 12, note 1, au lieu de : « Zurich, 1899 », lire : Zurich 1896 ».

Page 14, ligne 24, au lieu de : « ne l'a-t-il fait ? », lire : « ne l'a-t-il fait ».

Page 17, ligne 31, au lieu de : « de la responsabilité, de l'intérêt négatif », lire : « de la responsabilité de l'intérêt négatif ».

Page 22, ligne 29, au lieu de : « désirable pour », lire : « désirable, pour ».

Page 30, ligne 25, au lieu de : « formation du contrat », lire : « formation du contrat ? »

Page 34, ligne 26, au lieu de : « mécanisme pratique de la forme », lire : « mécanisme pratique ».

Page 36, ligne 1 de la note, au lieu de : « ces créances n'ont pas de titulaires », lire : « ces créances n'aient pas de titulaires ».

Page 36, ligne 20 de la note, au lieu de : « en prennent acte », lire : « en prend acte ».

Page 36, ligne 21 de la note, au lieu de : « purement par volonté, unilatéral », lire : « purement par volonté unilatérale ».

Page 37, ligne 11, au lieu de : « contractuel », lire : « délictuel »

Page 37, ligne 2 de la note, au lieu de : « pratiques ou impérieuses ! », lire : « pratiques impérieuses. ».

Page 40, note 1 au lieu de : « brevietatis », lire : « brevietatis ».

Page 48, ligne 4, au lieu de : « il faudra qu'il en établisse », lire : « il faudra qu'elle en établisse ».

Page 49, ligne 32 de la note, au lieu de : « ce sera l'obl. établie au défendeur », lire : « ce sera, l'oblig. établie, au défendeur »

Page 50, ligne 23, au lieu de : « pour lui demander », lire : « pour lui, demandeur ».

Page 58, ligne 2, au lieu de : « Bruxelles, 5 novi. », lire : « Bruxelles, 5 nov. »

Page 60, ligne 9, au lieu de : « et le fonde », lire : « et la fonde. »

Page 61, ligne 22, au lieu de : « l'avale », lire : « en avale le contenu ».

Page 65, ligne 22, au lieu de : « la partie qui doit agir » lire : « la partie qu'on considère ».

Page 66, ligne 28, au lieu de : « qui a entendu », lire : « qui ait entendu ».

Page 67, ligne 4, au lieu de : « indépendants des risques comme des pertes », lire : « indépendant des gains comme des pertes ».

Page 71, ligne 3, au lieu de : « a pu être vendu en librairie' au moment où ils traitaient », lire : « peut être vendu en librairie au moment où ils traitent ».

Page 72. Le numéro du paragraphe est 23 au lieu de 22.

Page 74, ligne 12, au lieu de : « aurait pu conclure et, parmi ces contrats, il y en aurait... » lire : « aurait pu conclure et savoir si, parmi ces contrats, il y en aurait... ».

Page 74, ligne 26, au lieu de : « défenseur », lire : « défendeur. »

Page 75, ligne 20, au lieu de : « assurer », lire : « assumer ».

Page 80, ligne 12, au lieu de : « de consentement », lire : « du consentement ».

Page 81, ligne 10, au lieu de « acquisition, une valeur », lire : « acquisition d'une valeur ».

Page 83, ligne 34, au lieu de : « n'avoir pas consulté », lire : « de ne pas consulter ».

Page 88, ligne 24, au lieu de : « répondrait », lire : « répondait ».

Page 91, ligne 16, au lieu de : « que s'il s'en produisait », lire : « que, s'il s'en produisait, »,

Page 95, ligne 1, au lieu de : « mandat », lire : mandant ».

Page 95, ligne 28, au lieu de : « le mandataire qui répond de sa faute légère », lire : « le mandataire qui ne répond pas de sa faute légère ».

Page 97, ligne 17, au lieu de : « sur elle », lire : « sur elles ».

Page 99, ligne 18, au lieu de : «... Francfort, dont nous avons... », lire : « Francfort dont nous avons ».

Page 100, ligne 28, au lieu de : « de cours on peut dire, qu'entre absents, les offres », lire : « de cours, on peut dire qu'entre absents les offres »

Page 103, ligne 5, au lieu de : « encourir aucun risque au contrat », lire : « courir aucun risque dans le contrat ».

Page 106, ligne 15, au lieu de : « elle aura droit », lire : « elle a droit ».

Page 106, ligne 29, au lieu de « en exécution de contrat », lire : « en exécution du contrat »

Page 107, ligne 31, au lieu de : « très spéciaux par exemple », lire : « très spéciaux, par exemple ».

Page 103, ligne 33, au lieu de : « Gicke », lire : Gierke ».

Page 99, note 1, au lieu de : « 29 mars », lire : « 9 mars ».

Page 110, lignes 31 et 32, au lieu de : « relativement à un bien » lire : « relativement à un bien d'autrui ».

Page 116, ligne 17, au lieu de « Serait-ce », lire « Cela sera-t-il ».

Page 117, ligne 1, au lieu de : « serait », lire : « sera ».

Page 119, ligne 34, au lieu de : « pourvoi en cass. », lire : « pourvoi en cassation ».

Page 120, ligne 17, au lieu de : « au cas du contrat illicite », lire : « au cas de contrat illicite ».

Page 128, ligne 17, au lieu de : « la loi de 56 », lire : « la loi de 58 ».

Page 128, ligne 24, au lieu de : « contre elle », lire : « contre la femme ».

Page 131, ligne 33, au lieu de : « art. 80 082-84 », lire : « art. 143, 147, 148, 153 ».

Page 131, ligne 34, au lieu de : « n° 12, note », lire : « n° 12, page 35, note 2 ».

Page 134, ligne 34, au lieu de : « præ-gravi », lire : « prægravi ».

Page 135, ligne 2, au lieu de : « myxte », lire : « mixte ».

Page 138, ligne 10, au lieu de : « au promettant l'accomplissement », lire : « au promettant de l'accomplissement ».

Page 139, ligne 4, au lieu de : « aussi limité », lire : « ainsi limité ».

TABLE DES MATIÈRES

Note préliminaire. Sur le titre	I
---	---

PREMIÈRE PARTIE. — THÉORIE GÉNÉRALE

I. — DES DOMMAGES-INTÉRÊTS POUR NULLITÉ DE CONTRAT. — Position de la question	5
1. — Conditions de validité des contrats. Nullité	5
2. — Préjudice pouvant résulter des nullités de contrat.	8
3. — Travaux sur la question.	11
II. — THÉORIE CLASSIQUE DE LA MATIÈRE. — Théorie délictuelle. Exposition de la théorie et des objections qu'on lui fait	13
4. — Théorie classique. La nullité résultat d'un dol ou d'une imprudence. Délit ou quasi-délit. — Respons. des art. 1382, 1383 C. civ.	13
5. — Insuffisance de la théorie.	14
6. — Autres inconvénients que présenterait la théorie délictuelle (au point de vue de la preuve, des contrats passés par mandataire ou par des incapables)	18
III. — THÉORIE CONTRACTUELLE ET QUASI-CONTRACTUELLE. Exposition et examen	21
7. — Théorie contractuelle (Exposition de la théorie de Ihering).	21
8. — (Suite du précédent)	22
9. — (Suite des précédents).	28
10. — (Suite des précédents, la faute abstraite, la clause tacite).	30
11. — (Suite des précédents, insuffisance de la théorie de Ihering).	33
12. — Théorie de l'engagement par volonté unilatérale	35
IV. — EXAMEN COMPARÉ DES THÉORIES DÉLICTEUELLE ET CONTRACTUELLE. Nécessité de rechercher une théorie plus large	40
13. — (Préambule)	40
14. — (Comparaison de deux théories au point de vue des contrats passés par les incapables. Toutes deux permettent d'admettre que l'incapable ne répond pas de sa faute in-contra-hendo)	40
15. — Contrats passés par mandataire (comparaison au point de vue des)	46

16. — Charge de la preuve (comparaison au point de vue de la)	47
17. — Inconvénients de la théorie contractuelle. Arbitraire	52
V. — THÉORIE DE LA RESPONSABILITÉ LÉGALE. — La responsabilité légale admise dans certains cas où il n'y a pas faute	56
18. — Peut-il y avoir responsabilité légale du simple fait? Discussion des art. 1382 et 1383 du C. civ. Interprétation de M. Saleilles.	56
19. — Dans quel cas doit-on admettre la responsabilité du simple fait? Exposition et discussion de la théorie de M. Saleilles	60
20. — Raisons objectives. Les risques d'un contrat et ceux de la formation d'un contrat sont pour celui qui en a les avantages	62
21. — Résumé.	67
22. — Espèces où l'action en indemnité n'est pas admissible. Convient-il de partager le préjudice par moitié?	68
VI. — CONSISTANCE DU GAIN MANQUÉ. — Preuve	72
23. Consistance du gain manqué. — Preuve	72

DEUXIÈME PARTIE. — APPLICATION ET CASUISTIQUE

24. — Éléments de validité des conventions	79
25. — Contrat illicite	82
26. — Contrats illicites formés par erreur. Erreur de droit. Erreur de fait	83
27. — Erreur sur la capacité.	84
28. — Déclaration erronée	85
29. — Communication directe entre les parties	88
30. — Erreur et dol du mandataire	92
31. — Erreur du télégraphe.	99
32. — Erreur sur l'existence de la volonté de contracter	104
33. — Vices du consentement Erreur, dol et contrainte	105
34. — (Suite du précéd.)	107
35. — Erreur sur l'existence de l'objet	110
36. — Erreur sur la capacité juridique de l'objet.	110
37. — Erreur sur la capacité de l'une des parties	122
38. — Révocation de l'offre, indemnité pour retrait de l'offre	129
39. — (Suite du précéd.)	135
40. — (Promesse publique)	137
41. — Conclusion.	140

